

نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار

لشمس الدين أحمد بن قودر
المعروف بقاضي زاده أفندي قاضي عسكر ووالي
وهي تكملة "فتح القلندر"
للمحقق الكمال ابن الهمام الحنفى

على
الطهارة: شرح بداية المبدى
تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

ومعه

- ١ - شرح العناية على الهداية للإمام آكل الدين محمد بن محمود الباهرى المتوفى سنة ٧٨٦ هـ .
- ٢ - حاشية المحقق سعد الله بن عيسى الملقى الشهير بسعدى جلبي وبسعدى أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ هـ .

الجزء التاسع

شركة مكتبة و مطبعة نهضة طين الباقى والمجاهد ولادة برادر
محمد محمود الحساين وشركاه . خلد

الطبعة الأولى

١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م

حقوق الطبع محفوظة للناسخ

مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ
(حديث شريف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(كتاب العارية)

قال (العارية جائزة) لأنها نوع إحسان ، وقد استعار النبي عليه الصلاة والسلام دروعا من صفوان ،
(وهي تمليك المنافع بغير عوض) وكان الكرخي رحمه الله يقول : هو إباحة الانتفاع بملك الغير ،

(كتاب العارية)

قد مرّ وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله لما قبله في أول الوديعه ، ثم إنه قد وقع الاختلاف في تفسير العارية لغة وشرعية ، أما لغة فقد قال الجوهري في الصحاح : العارية بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار ، لأن طلبها عار وعب ، والعاره مثل العارية انتهى . وقال الطبرزي في المغرب : العارية أصلها عورية فعلية منسوبة إلى العارة ايم من الإعارة كالفارة من الإغاوة وأخذها من العار الميب أو العرى خطأ انتهى . وفي بعض الشروح ما ذكره في المغرب هو المعول عليه لأن النبي صلى الله عليه وسلم باشر الاستعارة فلو كان في طلبها عار لما باشرها . وفي القاموس والمغرب : وقد تخفف العارية . وفي المبسوط قيل : هي مشتقة من التناوب وهو التناوب فكانه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء ، ولهذا كانت الإعارة في المكمل والموزون قرضا ، لأنه لا ينقطع بها إلا باستهلاك العين فلا تعود النوبة إليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة ، وإنما تعود النوبة إليه في مثلها . وأما شرعية فقال عامة العلماء : هي عبارة عن تمليك المنافع بغير عوض . وقال الكرخي والشافعي : هي عبارة عن إباحة الانتفاع

(كتاب العارية)

قد ذكرنا وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله . ومن حماسها دفع حاجة المحتاج . قيل هي مشتقة من التناوب وهو التناوب ، فكانه جعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء . واختلف في تعريفه اصطلاحا فقال عامة العلماء (هي تمليك المنافع بغير عوض . وكان الكرخي يقول : هي إباحة الانتفاع بملك الغير) قيل وهو قول الشافعي .

(كتاب العارية)

قال المصنف (وهي تمليك المنافع ، إل قوله : يقول هو إباحة الانتفاع) أقول : كان المناسب أن يقول " في الأول هو لتذكير الغير

لأنها تنعقد بلفظ الإباحة ، ولا يشترط فيها ضرب المدة ، ومع الجهالة لا يصح التعليل ولذلك يعمل فيها النهي ، ولا يملك الإجارة من غيره ، ونحن نقول : إنه ينبغي عن التعليل ، فإن العارية من العرية وهى العطية ولهذا تنعقد بلفظ التعليل ، والمنافع قابلة للملك كالأعيان . والتعليل نوعان : بعوض ، وبغير عوض . ثم الأعيان تقبل النوعين ، فكذا

بملك الغير ، وسيأتى دليل الطرفين فى الكتاب (قوله ونحن نقول إنه ينبغي عن التعليل فإن العارية من العرية وهى العطية ولهذا تنعقد بلفظ التعليل الخ) أقول : فيه بحث من وجهين : أحدهما أن الخصم أن يمنع كون العارية من العرية التى هى العطية ، ويقول بل هى من المار كما ذكر فى الصحاح ، أو من العارة كما ذكر فى المغرب ، أو من التاور كما ذكر فى الميسوط . وعلى هذه الوجوه المروية عن فئات الأئمة لا يثبت إنباء لفظ العارية عن التعليل . وثانيهما أن الخصم أن يقول انعقاد العارية بلفظ التعليل لا يدل على كونها بمعنى التعليل دون الإباحة لحوالها أن يكون لفظ التعليل هناك مستعارا للمعنى الإباحة لملاقاة لزوم الإباحة للتعليل كما قلتم فى الجواب عن انعقادها بلفظ الإباحة إن لفظ الإباحة استعيرت للتعليل على ما سيأتى فى الكتاب . وقال صاحب العناية : فيه بحث من أوجه : الأول أنه استدلال فى التعريفات وهى لا تقبله ، لأن المرف إذا عرف شيئا بالجامع والمنافع ، فإن سلم من التقض فذاك ، وإن انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن التقض إن أمكن ، وأما الاستدلال فلما يكون فى التصديقات . والثانى أنه قياس فى الموضوعات وهو غير صحيح ، لأن من شروط القياس تعدية الحكم الشرعى الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره ولا نص فيه ، والموضوعات ليست بحكم شرعى وموضعه أصول الفقه . والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعى متديا إلى فرع هو نظيره ، والمنافع ليست نظير الأعيان ، إلى هنا كلامه . أقول : كل واحد من أوجه

قال (لأنها تنعقد بلفظ الإباحة ، ولا يشترط فيها ضرب المدة ، والنهى يعمل فيه ولا يملك الإجارة من غيره) وكل من ذلك يدل على أنها إباحة . أما الأول فلأن التعليل لا ينعقد بلفظ الإباحة . وأما الثانى فلأن التعليل يقتضى أن تكون المنافع معلومة لأن تملك المحبوس لا يصح ولا يعلم إلا بضرب المدة وهو ليس بشرط فكان تعليل المحبوس . وأما الثالث فلأن المعبر بملك النهى عن الاستعمال ، ولو كان تعليل لما ملكه كالأجير لا يملك نهى المستأجر عن الانتفاع . وأما الرابع فلأن المستأجر يجوز أن يؤثر المستأجر لملكه المنافع ، ولو كانت الإجارة تعليلًا لجاز له ذلك كما فى الإجارة والمبة (وقال عامة العلماء : إنها تنبئ عن التعليل ، فإن العارية من العرية وهى العطية وهى إنما تكون تعليلًا) ولهذا تنعقد بلفظ التعليل) مثل أن يقول ملكك متعة دارى هذه شهرا وما ينعقد بلفظ التعليل فهو تعليل . فإن قيل : المنافع أعراض لا تبقى فلا تقبل التعليل . أجاب بقوله (والمنافع قابلة للملك كالأعيان) ونبنى على ذلك قوله (والتعليل نوعان : بعوض وبغير عوض) وذلك ظاهر لا تراخ فيه (ثم الأعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة) وفيه بحث من أوجه : الأول أنه استدلال فى التعريفات وهى لا تقبله : لأن المرف إذا عرف شيئا بالجامع والمنافع ، فإن سلم من التقض فذاك ، وإن انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن التقض إن أمكن . وأما الاستدلال فلما يكون فى التصديقات . والثانى أنه قياس فى الموضوعات وهو غير صحيح ، لأن من شروط القياس تعدية الحكم الشرعى الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره ولا نص فيه ، والموضوعات ليست بحكم شرعى وموضعه أصول الفقه . والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعى متديا إلى فرع هو نظيره ، والمنافع ليست نظير الأعيان . ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف إما لفظى أو رسمى ، فإن كان الأول فما ذكر فى بيانه يجعل لبيان المناسبة لاستدلالا على ذلك ، وإن كان الثانى جعل لبيان "لخاص" يعرف بها العارية ، ولو جعلنا المذكور فى الكتاب حكم العارية وعرفنا ما بأنها عقد على المنافع بغير

وخنا (قوله ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف إما لفظى أو رسمى ، فإن كان الأول فما ذكر فى بيانه يجعل لبيان المناسبة لاستدلالا) أقول : ولا ينبغي أن التعريف القطعى يقبل الاستدلال لكونه تصديقا لتصويرا (قوله ولو جعلنا المذكور فى الكتاب حكم العارية وعرفنا ما بأنها عقد الخ) أقول : أنت تعلم أن حكم الشيء لا يعمل عليه بالموافاة (قوله كان ملما من الشكوك) أقول : أما من الأول فسلم ، وأما من الأخيرين فلا .

المنافع ، وإلجام دفع الحاجة ، ولفظة الإباحة استعملت للتملك ، كما في الإجارة ، فإنها تنعقد بالقبضة بالإباحة ، وهي تملك ،

بحته ساقط . أما الأول فلأن ما ذكر ليس باستدلال على نفس التعريف الذي هو من قبيل التصورات بل على الحكم الضمني الذي يقصده المرف ، كأن يقال هذا التعريف هو الصحيح أو هو الحق ، ولا شك أن مثل هذا الحكم من قبيل التصديقات التي يجرى فيها الاستدلال . وقد صرحوا في موضعه بأن الاعتراضات الموردة في التعريفات من المنع والنقص والمعارضة إنما تورد على الأحكام الضمنية بأن هذا التعريف صحيح جامع مانع لاعتراض التعريفات التي هي من التصورات ، ولا ريب أن أمر الاستدلال هنا أيضا كذلك . وأما الثاني فلأن المصنف لم يقصد إثبات كون لفظ العارية موضوعا في عرف التشريع لتمليك المنافع بغير عوض بالقياس حتى يرد عليه أنه قياس في الموضوعات ، بل أراد إثبات قبول المنافع لتوحي التملك بالقياس على قبول الأعيان لها ، وقصد بإثبات هذا دفع توهم الخصم أن المنافع أعراض لا تبي فلا تقبل التملك كما صرح به الشارح المذكور . ولا يخفى أن قبول الأعيان لتوحي التملك حكم شرعي ثابت بالنص الدال على جواز البيع والمبة فيصح تعديته إلى قبول المنافع لها أيضا . وأما الثالث فلأنه إن أراد بقوله والمنافع ليست نظير الأعيان أنها ليست نظيرها من كل الوجه فهو مسلم ، ولكن لا يبدى نفاذ إذ لا يشترط في صحة القياس اشتراك الفرع مع الأصل في جميع الجهات ، بل يكفي اشتراكهما في علة الحكم على ما عرف في أصول الفقه ، وإن أراد أنها ليست نظيرها في علة الحكم فهو ممنوع ، فإن علة الحكم الذي هو القبول لتوحي التملك فيها نحن فيه إنما هي دفع الحاجة ، وما أرى الأعيان والمنافع مشتركان في هذه العلة كما يفصح عنه قول المصنف وإلجام دفع الحاجة . ثم قال : ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف إما لفظي أو رسمي ، فإن كان الأول فما ذكر في بيانه يعمل لبيان المناسبة لاستدلال على ذلك ، وإن كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية انتهى . أقول : وفيه بحث من أوجه : الأول أن هذا التعريف إن كان لفظيا كان قابلا للاستدلال عليه ، إذ قد تقرر في عمله أن مال التعريف اللفظي إلى التصديق ، والحكم بأن هذا اللفظ يبرأه ذلك المعنى فلذلك كان قابلا للمنع ، بخلاف التعريف الحقيقي إذ لا حكم فيه بل هو تصور ونقش فلا معنى لقوله فإن كان الأول ، فما ذكر في بيانه يعمل لبيان المناسبة لاستدلالا على ذلك . والثاني أنه قد تقرر في موضعه أيضا أن التعريف الرسمي الذي بالخواص إنما يكون بالخواص اللازمة للبيئة ، ولا شك أن الوازم للبيئة لا يحتاج إلى البيان فلا وجه لقوله وإن كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية . والثالث أن الظاهر أن ضمير عنها في قوله ويمكن أن يجاب عنها راجع إلى وجه بحثه مع . أن ما ذكره في الجواب على تقرير تمامه إنما يكون جوابا عن الوجه الأول من تلك الأوجه دون غيره كما لا يخفى على القطن . ثم قال : ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك ، وليس في كلام المصنف ما يتنافى ظاهره فالجمل عليه أولى انتهى . أقول : فيه نظر . أما أولا فلأنه لو جعل ما ذكر في الكتاب حكم العارية لبقى البحث الثالث قطعاً فلم يتم قوله كان سالما من الشكوك . وأما ثانيا فلأن قول المصنف هي تملك المنافع بغير عوض يحمل التملك عليها بالواطأة يتنافى ظاهره كون المذكور في الكتاب حكم العارية ، إذ حكم الشيء لا يحمل عليه بالواطأة فلم يتم قوله وليس في كلام المصنف ما يتنافى ظاهره . وأما ثالثا فلأن توجيه هذا بتأني ما ذكره في أول كتاب العارية بطريق الجزم حيث قال : واختلف في تعريفها اصطلاحا ، فقال عامة العلماء : هي تملك المنافع بغير عوض . وكان الكرخي يقول : هي إباحة الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعي انتهى . فإن توجيه هذا يقتضي أن يكون الاختلاف المذكور في حكمها لا في تعريفها . وقال بعض الفضلاء على قوله كان سالما من الشكوك : أما من الأول فسلم ، وأما من الآخرين فلا انتهى . أقول : سلامة من الثاني أيضا ظاهر إذ على تقدير أن يكون ما ذكر في الكتاب حكم العارية دون معناه شرعا لم يتصور وضع بينه وبين لفظ العارية حتى ينتجه على دليله المذكور أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح

عوض كان سالما من الشكوك : وليس في كلام المصنف ما يتنافى ظاهره فالجمل عليه أولى (قوله ولفظة الإباحة) جواب عن قول الكرخي إنها تنعقد بلفظ الإباحة . ووجهه أن ذلك مجاز كما أن الإجارة تنعقد بلفظ الإباحة ، ولا نزاع في كونها تملكيا

والجهالة لا تنفي إلى المنازعة لعدم الزوم فلا تكون ضائرة ، ولأن الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع ، وعند ذلك لاجهالة ، والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ، ولا يملك الإجارة لدفع زيادة الضرر على ما ذكره إن شاء الله تعالى . قال (وتصح بقوله أعتك) لأنه صريح فيه (وأطعمتك هذه الأرض) لأنه مستعمل فيه

(قوله والجهالة لا تنفي إلى المنازعة لعدم الزوم فلا تكون ضائرة) جواب عن قول الكرخي ومع الجهالة لا يصح التملك . ووجهه أن الجهالة القضية إلى النزاع هي المانعة ، وهذه ليست كذلك لعدم الزوم فلا تكون ضائرة ، كذا في الشروح . قال صاحب الكافي في تقرير هذا المثل : وإنما صح العارية مع جهالة المدة ، وإن لم يصح التملك مع جهالة المدة لأن هذه الجهالة لا تنفي إلى المنازعة لأن للمعير أن يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير لازمة والجهالة التي لا تنفي إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد انتهى كلامه . أقول : فيه نوع خلل لأن قوله وإنما صح العارية مع جهالة المدة وإن لم يصح التملك مع جهالة المدة يشتر بأن عامة العلماء قالوا بصحة العارية مع جهالة المدة ، وإن اختلفوا بعدم صحة التملك أصلاً مع جهالة المدة فيلزم أن لا يملك هذا الكلام جواباً عن قول الخصم : ومع الجهالة لا يصح التملك لأن مقصوده به الاستدلال على أن العارية هي الإباحة دون التملك لعل أنها غير صحيحة مع الجهالة : فالأولى في العبارة أن يقول : وإنما صح العارية مع جهالة المدة وإن كانت هي التملك ، لأن هذه الجهالة لا تنفي إلى المنازعة بل تأمل (قوله وتصح بقوله أعتك لأنه صريح فيه وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه) قال صاحب العناية في تفسير قوله صريح فيه : أي حقيقة في عقد العارية ، وفي تفسير قوله مستعمل فيه : أي مجاز فيه ، ثم قال : وفي عبارته نظر لأنه إذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول ، فلا فرق إذا بين العاريين ، والجواب : كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز ، فأشار إلى الثاني بقوله مستعمل : أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة إلى هنا كلامه . ورد عليه بعض الفضلاء بأن قال : فيه تأمل ، فإن تخصيص الأول بكونها صريحة يوهن الثانية ليست كذلك فلا تنحصر مادة الإشكال انتهى . أقول : هذا ساقط لأن الصريح عند علماء الأصول ما انكشف المراد منه

(قوله والجهالة) جواب عن قوله ومع الجهالة لا يصح التملك . ووجهه أن الجهالة القضية إلى النزاع هي المانعة ، وهذه ليست كذلك لعدم الزوم . ووجه آخر أن الملك في العارية يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لاجهالة . وقوله (والنهي منع عن التحصيل) جواب عن قوله وكذلك يعمل النهي فيه . ووجهه أن عمل النهي ليس باعتبار أنه ليس في العارية تملك بل من حيث أنه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يملكها بعد ، وله ذلك لكونها عقداً غير لازم فكان له الرجوع على ملك المستعير : أي وقت شاء كما في الهبة . وقوله (ولا يملك الإجارة) جواب عن قوله ولا يملك الإجارة من غيره وذلك لدفع زيادة الضرر على ماسيجي ، هذا ما يتعلق بتفسيرها أوحكمها . وشرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها . وسببها ما مر مراراً من التضاضح المحتاج إليه المدين الطبع ، وهي عقد جائز لأنه نوع إحسان وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم جروعا من صفوان ، وإنما قدم بيان الجواز على تفسيرها لشدة تعلق الفقه به . قال (وتصح بقوله أعتك الخ) هذا بيان الألفاظ التي تتعدها العارية وتصح بقوله أعتك لأنه صريح فيه : أي حقيقة في عقد العارية وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه . قيل أي مجاز فيه ، وفي عبارته نظر لأنه إذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول ، فلا فرق إذا بين العاريين . والجواب : كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز فأشار إلى الثاني بقوله مستعمل : أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة ومتنك هذا الثوب : أي أعطيتك المتعة وهي الناقعة : أي أو الشاة يعطى الرجل

(قوله فكان له الرجوع على ملك المستعير) أقول : فيه بحث (قوله فلا فرق إذا بين العاريين) أقول : أي أعتك وأطعمتك (قوله والجواب كلاهما صريح ، لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز ، فأشار إلى الثاني بقوله مستعمل : أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة) أقول : فيه تأمل ،

ومنحتك هذا الثوب وحلتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة) لأنهما تملكك العين ، وعند عدم إرادته الهبة تحمل على تملكك المنافع تجوزاً . قال (وأخضمتك هذا العبد) لأنه أذن له في استخدامه (ودارى لك سكني) لأن معناه سكنها لك (ودارى لك عمرى سكني) لأنه جعل سكنها له مدة عمره ، وجعل قوله سكني تفسيراً لقوله لك لأنه يحمل تملكك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره . قال (وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام « المنحة مردودة والعارية مؤداة » ولأن المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فالتملك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه . قال (والعارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن) وقال الشافعي : يضمن ، لأنه قبض مال غيره لنفسه لاعتق استحقاق فيضمنه ، والإذن

في نفسه فيتناول الحقيقة الغير المهجورة والمجاز المتعارف كما عرف في موضعه ، وأراد المصنف بالبريخ هاتنا الحقيقة فقط بقرينة ما ذكره في مقابلة كما بينه صاحب الناية ، فإن أراد ذلك البعض أن تخصيص الأولي بكونها صريحة يوم أن الثانية ليست كذلك : أي ليست بصريحة بالمعنى الذي ذكره علماء الأصول فهو ممنوع ، وإنما يكون كذلك لو لم يكن قرينة على أنه أراد بالبريخ هاتنا معنى الحقيقة وليس فليس ، وإن أراد أن تخصيص الأولي بذلك يوم أن الثانية ليست بصريحة بمعنى الحقيقة فهو مسلم ، ولكن لا إشكال فيه حتى لا تنحصر مادته (قوله ومنحتك هذا الثوب وحلتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة الخ) قال صاحب الكافي : كان ينبغي أن يقول : إذا لم يرد بهما بدليل التعليل . وقال : ويمكن أن يجاب عنه بأن التفسير يرجع إلى المذكور كقوله تعالى - عوان بين ذلك - انتهى . وقال الشارح العيني بعد نقل الطعن والجواب : قلت : المذكور شيئان أحدهما قوله ومنحتك هذا الثوب ، والآخر حلتك على هذه الدابة انتهى . أقول : مدار ما قاله على عدم الفرق بين المفهوم وبين ما صدق هو عليه ، فإن الشئين هو الثاني دون الأول . ومعنى التأويل هاتنا وفي قوله تعالى - عوان بين ذلك - هو الأول ، وهو شيء واحد لا محالة فلا غبار في الجواب . لا يقال : يجوز أن يكون مراده بيان الواقع لا رد الجواب . لأننا نقول : كون المذكور شيئين مع كونه غنياً عن البيان جداً يأتي عنه قطعاً ذكره لفظة قلت سبباً بعد ذكر الطعن والجواب كما لا ينبغي على ذوى الألباب

الرجل ليشرب من لبنها ثم يرد ما إذا ذهب ردّها ثم كثر حتى قيل في كل من أعطى شيئاً منع ، وحلتك على هذه الدابة إذا لم يرد به : أي بقوله هذا الهبة لأنها تملكك العين عرفاً ، وعند عدم إرادته الهبة يحمل على تملكك المنافع تجوزاً من حيث العرف العام وأخضمتك هذا العبد لأنه أذن له في الاستخدام وهي العارية ، ودارى سكني لأن معناه سكنها لك وهي العارية ، ودارى لك عمرى سكني لأنه جعل سكنها له مدة عمره ، وجعل قوله سكني تفسيراً لقوله لك لأنه منصوب على التمييز من قوله لك ، لأن قوله لك يحصل تملكك العين وملكك المنفعة ، فإذا ميزه تعين في المنفعة فحمل الكلام عليه : أي على تملكك المنافع بدلالة آخره حمل المحتل على الحكم ، وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء لقوله صلى الله عليه وسلم « المنحة مردودة والعارية مؤداة » ووجه الاستدلال ظاهر ، وفيه تعمير بعد التخصيص لما عرفت أن المنحة عارية خاصة ، وفيه زيادة مبالغة في أن العارية مستقنة الرد ، ولأن المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فالتملك فيما لم يوجد منها لم يتصل به القبض ولا يملك إلا به فصح الرجوع عنه . قال (والعارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن الخ) إن هلكت العارية ، فإن كان تعدد كحمل الدابة مالا يحمله مثلاً أو استعمالها استعمالاً لا يستعمل مثلاً من الثوب أوجب الضمان بالإجماع ، وإن كان بغيره لم يضمن . وقال الشافعي : يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه لاعتق استحقاق ، فيضمن قوله لنفسه احتراز عن الودعية ، لأن قبض المودع فيها لأجل المودع لا لمنفعة نفسه . وقوله لاعتق استحقاق : أي لاعتق استحقاق قبض بحيث لا يتقاضى الآخر بدون رضاه احتراز عن الإجارة ، فإن

فإن تخصيص الأول بكونها صريحة يوم أن الثانية ليست كذلك فلا تنحصر مادة الإشكال (قوله مالا يحمله مثلاً) أقول : التفسير في قوله يحمله راجع إلى ما (قوله لأنه قبض مال غيره لنفسه لاعتق استحقاق فيضمن) أقول : ونحن نعلم الكبرى كما يظهر بالتأمل .

ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيها ورائه ، ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء . ولنا أن اللفظ لا ينفي عن التزام الضمان لأنه تمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها ، والقبض لم يقع تعدياً لكونه مأذوناً فيه ،

(قوله ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : ولهذا أي ولكون الإذن ضرورياً كان واجب الرد : يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في النصب ، وصار كالمقبوض على سوم الشراء . فإنه وإن كان ياذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لاعتن استحقاق إذا هلك ضمن فكذا هذا أه كلامه . أقول : حل الشارح المذكور قول المصنف ولهذا على الإشارة إلى كون الإذن ضرورياً ، واقتضى أثره الشارح العيني وسكت سائر الشراح عن البيان بالكلية . والحق عندي أنه إشارة إلى قوله لأنه قبض مال غيره لنفسه لاعتن استحقاق ، فالعني ولكونه قبض مال غيره لنفسه لاعتن استحقاق كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء . وإنما كان هذا هو الحق عندي لوجهين : أحدهما أن الظاهر أن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء عطف على قوله كان واجب الرد ، فيمقتضى كون المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر إلى ما قبله فيصير المعنى على تقدير أن يكون لفظ هذا إشارة إلى كون الإذن ضرورياً ، ولكون الإذن ضرورياً صار كالمقبوض على سوم الشراء ، والظاهر أن الإذن ليس بضروري في المقبوض على سوم الشراء . وأما على تقدير أن يكون إشارة إلى ما ذكرته فيصير المعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لاعتن استحقاق صار كالمقبوض على سوم الشراء . ولا شك أن الأمر كذلك في المقبوض على سوم الشراء . وثانيهما أن حديث كون الإذن ضرورياً جواب عن سؤال مقدر لأعمدة في الاستدلال ، بخلاف قوله لأنه قبض مال غيره لنفسه لاعتن استحقاق . ولا يخفى أن ما هو العمدة في الاستدلال أحق بأن يفرع عليه قوله ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ، ويؤيده أن صاحب الكافي أخر حديث كون الإذن ضرورياً عن تبرع هذين الفرعين (قوله ولنا أن اللفظ لا ينفي عن التزام الضمان لأنه تمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها والقبض لم يقع تعدياً لكونه مأذوناً فيه) قال صاحب العناية : في حل هذا المحل : يعني أن الضمان إما أن يجب بالمقد أو بالقبض أو بالإذن وليس شيء من ذلك بموجب له ، أما العقد فلأن اللفظ الذي ينقذه به العارية لا ينفي عن التزام الضمان لأنه تمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها على اختلاف القولين ، وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه . وأما القبض فلأنما يوجب الضمان إذا وقع تعدياً وليس كذلك لكونه مأذوناً فيه . وأما الإذن فلأن إضافة الضمان إليه فساد في الوضع لأن إذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف إليه أه كلامه . أقول : لا يذهب عليك أن احتيال كون الإذن موجبا للضمان مما لا يضطر ببال أحد أصلاً ، ولهذا لم يتعرض المصنف لنفي ذلك قط في أثناء تقرير حجتنا في هذه المسئلة ،

المستأجر يقبض المستأجر حق له ليس للمالك النقص قبل مضي المدة بدون رضاه . فإن قيل : هو قبض ياذنه ومثله لا يوجب الضمان . أجاب بقوله والإذن ثبت ضرورة الانتفاع ، والثابت بالضرورة ينقذ بقدرها والضرورة حالة الاستعمال ، فإن هلك فيها فلا ضمان ، وإن هلك في غير ما لم يظهر فيه الإذن لكونه وراء الضرورة ، ولهذا أي ولكون الإذن ضرورياً كان واجب الرد : يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في النصب ، وصار كالمقبوض على سوم الشراء فإنه وإن كان ياذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لاعتن استحقاق إذا هلك ضمن فكذا هذا . ولنا أن اللفظ لا ينفي عن التزام الضمان : يعني أن الضمان إما أن يجب بالمقد أو بالقبض أو بالإذن ، وليس شيء من ذلك بموجب له . أما العقد فلأن اللفظ الذي ينقذه به العارية لا ينفي عن التزام الضمان لأنه تمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها على اختلاف القولين ، وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه . وأما القبض فلأنما يوجب الضمان إذا وقع تعدياً وليس كذلك لكونه مأذوناً فيه .

(قوله فلأن اللفظ الذي ينقذه به العارية الخ) أقول : فيه بحث (قوله وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه) أقول : لم يتعرض للإباحة وكان للمالك ذلك كما لا يخفى .

والإذن وإن ثبت لأجل الانتفاع فهو ما قبضه إلا للانتفاع فلم يقع تعدياً ، وإنما وجب الرد مؤنة مكنته المستعار فلما على المستعير لانتقض القبض . والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد ، لأن الأخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه . قال (وليس للمستعير أن يؤجر ما استعاره ، فإن أجره فطبط ضمن) لأن الإعارة دون الإجارة والشئ لا يتضمن ما هو فوقه ، ولأننا لو صححناه لا يصحح إلا لازماً ، لأنه حينئذ يكون بتسليط من الميعر ، وفي وقوعه لازماً زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد إلى انقضاء مدة

فدرج الشارح المزبور إياه في احتمالات إيجاب الضمان ونسبته ذلك إلى المصنف بقوله يعني خروج عن سنن الصواب) قوله والإذن وإن ثبت لأجل الانتفاع فهو ما قبضه إلا للانتفاع فلم يقع تعدياً) جواب عن قول الشافعي والإذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيها وراه . وتقريره القول بالموجب : يعني سلمنا أن الإذن لم يكن إلا لضرورة الانتفاع ، لكن القبض أيضاً لم يكن إلا للانتفاع فلم يكن ثم تعد . ولا ضمان بدونه ، كذا في العناية وغيرها . أقول : للخصم أن يقول إذا لم يكن القبض أيضاً إلا لضرورة الانتفاع كان صحة القبض مقدرة بقدر الضرورة ، والضرورة إنما هي في حالة الاستعمال ، فإن هلك في هذه الحالة فلا ضمان قطعاً . وأما إذا هلك في غيرها فينبغي أن يجب الضمان لكون هلاكها فيها وراه الضرورة . فالأظهر في الجواب عن قول الشافعي والإذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيها وراه طريقة المنع لا القول بالموجب ، وقد أفصح عنها صاحب غاية البيان حيث قال : والجواب عن قوله والإذن يقبض العين ثبت ضرورة الانتفاع . قلنا : لما مست الحاجة والضرورة إلى إظهار الإذن بالقبض في حالة الانتفاع مست الضرورة إلى إظهار الإذن بالقبض في غير حالة الانتفاع أيضاً وهي حالة الاسماك ، لأن الإنسان إنما ينتفع بملك غيره كما ينتفع بملك نفسه ، ولا ينتفع بملك نفسه آتاه الليل وأطراف النهار ، وإنما ينتفع بها ساعة ويمسك أخرى ، ولو انتفع بالعارية دائماً يضمن كما إذا ركبها ليلاً ونهاراً فيلا يكون العرف كذلك ، فثبت أن القبض في غير حالة الانتفاع أيضاً مأذون فلا يوجب الضمان ، إلى هنا كلامه . وأشير إلى هذا الوجه من الجواب في الكافي ومراجع الدراية أيضاً فخصر (قوله والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لأن الأخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه) جواب عن قول الشافعي وصار كالمقبوض على سوم الشراء . قال صاحب العناية : وتقريره أنه ليس بمضمون

وأما الإذن فلأن إضافة الضمان إليه فساد في الوضع ، لأن إذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف إليه (قوله والإذن) جواب عن قوله والإذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيها وراه . يعني أنه لم يتناول العين فإنه ورد على المنفعة نصاً ولم يتعد إلى العين ، وتقريره القول بالموجب : يعني سلمنا أن الإذن لم يكن إلا لضرورة الانتفاع ، لكن القبض أيضاً لم يكن إلا للانتفاع فلم يكن ثم تعد . ولا ضمان بدونه (قوله وإنما وجب الرد مؤنة) جواب عن قوله ولهذا كان واجب الرد . وتقريره أن وجوب الرد لا يدل على أنه مضمون لأنه وجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير ككففة المستعار فلما على المستعير ، وليس لقد القبض ليدل على أن القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان ، بخلاف الغصب فإن الرد فيه واجب فنقض القبض لكونه بلا إذن ، فلذا لم يوجب الرد وجب الضمان . وقوله (والمقبوض على سوم الشراء) جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء . وتقريره أنه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد ، لأن للمأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان . فإن قيل : سلمنا أن الأخذ في العقد له حكم العقد ، ولكن لا عقد هاهنا . أجب بأن العقد وإن كان معنوياً حقيقة جعل موجوداً تقديره صيغة لأموال الناس عن الضياع ، إذ الهالك لم يرض بخروج ملكه مجاناً ، ولأن المقبوض على سوم الشراء وسيلة إليه فأقيمت مقام الحقيقة نظراً له ، إلا أن الأصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثلاً كاملاً ، وإنما يصار إلى الثمن عند وجود العقد حقيقة وإذا لم يوجد صير إلى الأصل ، وقوله (على ما عرف في موضعه) قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف ، وقيل كتاب الإجراءات من المبسوط . قال (وليس للمستعير أن يؤجر ما استعاره الخ) وليس للمستعير أن يؤجر المستعار ، فإن أجره

الإجارة فأبطلناه ، وضمته حين سلمه ؛ لأنه إذا لم تتناوله العارية كان غصباً ، وإن شاء المبيع ضمن المستأجر لأنه قبضه بغير إذن المالك لنفسه ، ثم إن ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لأنه ظهر أنه أجزأ ملك نفسه ، وإن ضمن المستأجر يرجع على المؤجر إذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعا لضرر الضرر ، بخلاف ما إذا علم . قال (وله أن يبيعه إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) وقال الشافعي : ليس له أن يعيره لأنه إباحة المنافع على ما بينا من قبل ، والمباح له لا يملك الإباحة ، وهذا لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معلومة ، وإنما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة وقد اندلعت بالإباحة هاهنا . ونحن نقول : هو تملك المنافع على

بالقبض بل بالعقد ، لأن المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان اه كلامه . أقول : لا ينبغي على ذي فطنة أن تحريره هنا في تقرير الجواب غثل في الظاهر ، لأن الضمير المستتر في قصار راجع إلى المأخوذ بالعقد ، فيصير المعنى : فصار المأخوذ بالعقد كالمأخوذ بالعقد فيلزم تشبيه الشيء بنفسه وهو باطل . ويمكن توجيهه بناية وهي أن يحمل الباء في قوله لأن المأخوذ بالعقد على الملازمة ، وفي قوله فصار كالمأخوذ بالعقد على السببية ، فيصير معنى كلامه : لأن المأخوذ بملازمة العقد : أي ما كان متعلقاً بالعقد بأن كان من مبادئه له حكم نفس العقد فصار ذلك كالمأخوذ بسبب نفس العقد فيؤول إلى ما ذكر في الكافي وبعض الشروح من قولهم إن الضمان في المقبوض على سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالمقبض بمجة الشراء ، إذ القبض بمجبة الشراء مضمون بالعقد فكذا يجته اه . ثم أقول : لا حاجة في حل كلام المصنف هاهنا إلى ما ارتكبه صاحب العناية من التحرير الركيك المشعر بالاختلال كما عرفت ، بل له عملان صحيحان سالمان عن شائبة الخلل : أحدهما أن يكون معنى قوله لأن الأخذ في العقد له حكم العقد ، لأن الشروع في العقد بالمباشرة لبعض مقتضاته له حكم نفس العقد وتاممه ، على أن يكون الأخذ من أخذ فيه بمعنى شرع فيه لامن أخذه . وثانيهما أن يكون معناه لأن الأخذ في العقد : أي المأخوذ لأجل العقد له حكم العقد ، على أن تكون كلمة « في » في قوله في العقد بمعنى اللام كما في قوله تعالى - فذلكن الذي تلتقي فيه - وقوله عليه الصلاة والسلام « إن امرأة دخلت النار في هرة حبستها » على ما صرح به في معنى اليبس ، فالأخذ حينئذ من أخذه بمعنى تناوله . ثم قال صاحب العناية أخذاً من غاية البيان : فلا قيل : سلمنا أن الأخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد هاهنا . أوجب بأن العقد وإن كان معلوما حقيقة جعل موجوداً تقديراً لصيانة أموال الناس عن الضياع إذ المالك لم يرض بخروج ملكه ههنا اه . أقول : لا يذهب على ذي فطنة سليمة أن السؤال المذكور لا يتوجه هاهنا أصلاً ، إذ لا يقتضي أن يكون للأخذ في العقد حكم العقد تحقق العقد ، بل يقتضي عدم تحققه ، إذ عند تحققه يكون الحكم لنفس العقد لا للأخذ فيه فلا معنى لقوله ولكن لا عقد هاهنا . ثم إن الجواب المربور منظور فيه ، لأنه وإن كان في جعل العقد موجوداً تقديراً لصيانة المال البائع عن الضياع لكن فيه تضيق لمال المشتري ، إذ قد يكون هلاك المقبوض على سوم الشراء في يد المشتري بلا تمتد مه بل بسبب اضطرابه وقد أخذه من يد المالك إذاً ، فإذا وجب الضمان عليه خرج ماله الذي أداه من ملكه ههنا : أي بلا عقد ولا تمتد في شيء فيلزم النظر لأحد المتأخذين في العقد وتركت النظر عن الآخر تأمل (قوله وله أن يعيره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) قال عامة الشراح : كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة . وقال في النهاية ومراجع الدراية : كلنا ذكره

فقطب ضمن لوجهين : أحدهما أن الإعارة دون الإجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه . والثاني أنا لو صححناه فلما أن يكون لازماً أو غير لازم ، ولا سبيل إلى شيء من ذلك . أما الثاني فلأنه خلاف مقتضى الإجارة فإنه عقد لازم فانقاده غير لازم عكس الموضوع . وأما الأول فلأنه حينئذ يكون بتسليط المبيع ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدر على الاسترداد إلى القضاء مدة الإجارة فيكون عقد الإجارة لازماً ، وهو أيضاً خلاف موضوع الشرع ، وفيه زيادة ضرر بالمبيع فأبطلناه ، وإذا كانت باطلة كان بالتسليم غاصباً فيضمن حين سلم والمبيع بالخيار إن شاء ضمن المستأجر لأنه قبضه لنفسه بغير إذن المالك ،

ما ذكرنا فيملك الإعارة كالموصى له بالخدمة ، والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة فتجعل كذلك في الإعارة دفعا للحاجة ،

في النظائر الإمام القزويني . أقول : في أكثر هذه الأمثلة إشكال : أما في مثال الحمل فلائه وإن كان مطابقا لما ذكره المصنف في آخر هذه المسئلة بقوله فلو استعار دابة ولم يسم شيئاً له أن يحمل ويغير غيره للحمل لأن الحمل لا يتفاوت انتهى ، إلا أنه يخالف لما سيحكي في كتاب الإجازات في باب ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز من أن الحمل كالركوب والبس مما يختلف باختلاف المستعمل . وحكمه كحكمها عند الإطلاق والتقييد كما ستطلع عليه . وقد اضطرب كلام الفقهاء في عامة المعتميات في شأن الحمل حيث قالوا في كتاب العارية إنه مما لا يتفاوت ، وقالوا في كتاب الإجازات إنه مما يتفاوت ، ومن ظهرت المخالفة جدا بين كلاميه في المقامين صاحب الكافي ، فإنه قال هاهنا : سواء كان المستعار شيئاً يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة أو لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة . وقال في الإجازات : ويقع التفاوت في الركوب واللبس والحمل ، فإما بين لا يصير المعقود عليه معلوما فلا يحكم بجواز الإجارة انتهى . وأما في مثال الزراعة فلائه سيأتي في كتاب الإجازات في الباب المبرور أنه لا يصح عقد الإجارة في استئجار الأراضي للزراعة حتى يسمى ما يزرع فيها ، لأن ما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التبيين كي لا تقع المنازعة . ولا يخفى أن المفهوم منه أن الزراعة مما يختلف باختلاف المستعمل ، وعن هذا مثل الإمام الزين لما يختلف باختلاف المستعمل فيما نحن فيه بأمثله وعد منها الزراعة حيث قال : كاللبس والركوب والزراعة . وأما في مثال السكنى فلائه سكنى الحداد والقصار يضر بالبناء دون سكنى غيرها ، ولهذا لا يدخل سكنهما في استئجار الدور والحوادث للسكنى كما ذكر في كتاب الإجازات ، فكان السكنى أيضا مما يختلف باختلاف المستعمل . ويمكن أن يجاب عن هذا بأن الإضرار بالبناء أثر الحدادة والقصار لا أثر للسكنى ، لأن مجرد السكنى لا يؤثر في انهيار البناء فيضات الانهيار إلى الحدادة والقصار كما بينه صاحب النهاية في كتاب الإجارة فلم يقع الاختلاف باختلاف المستعمل في نفس السكنى بل في أمر خارج عنه ، والمثال هاهنا إنما هو نفس السكنى فلا إشكال فيه (قوله والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة فتجعل كذلك في الإعارة دفعا للحاجة) جواب عن قول الشافعي رحمه الله المنافع غير قابلة للملك . وبتقريره لأنسأما غير قابلة للملك فلها تملك بالهد كذا في الإجارة فتجعل في الإعارة كذلك دفعا للحاجة ، كلما في العتابة وغيرها ، أقول : فيه بحث لأن حاصله القياس على الإجارة ، وقد تدارك الشافعي دفعه حيث قال في ذيل تعليقه : وإنما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة وقد اندفعت بالإباحة : يعني أن علة اعتبار المنافع المدومة قابلة للملك في الإجارة ضرورة دفع حاجة الناس وهذه العلة منتفية في الإعارة لا تدفع حاجتهم بالإباحة فلم يتم ما ذكره المصنف هنا جوابا عنه ، المهم إلا أن يقال : للناس كما يحتاجون إلى الانتفاع بالشيء لأنفسهم كذلك يحتاجون إلى نفع غيره بذلك الشيء ، وعند كون الإعارة إباحة لا يقدر على نفع غيره بالعارية فلا تدفع حاجتهم الأخرى ، فضرورة دفع حاجتهم بالكلية دعت إلى اعتبار المنافع قابلة للملك في العارية كما

وإن شاء ضمن المستعير لكونه الناصب . ثم إن ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر لأنه ظهر أنه أجر ملك نفسه ، وإن ضمن المستأجر رجع على المؤجر إذا لم يعلم كونه عارية في يده دفعا لضرر المؤجر ، بخلاف ما إذا علم . وللمستعير أن يغير المستعار إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة . وقال الشافعي : ليس له أن يغير لأنها إباحة المنافع على مامر ، والمباح له بالإملاك الإباحة ، وهذا أي كون الإعارة إباحة لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معلومة ، وإنما جعلت موجودة في الإجارة للضرورة ، وقد اندفعت في الإعارة بالإباحة فلا يصار إلى التملك . ولنا أنها تملك المنافع على مامر فيتضمن مثله كالموصى له بالخدمة جاز أن يغير لملكه المنفعة (قوله والمنافع اعتبرت قابلة) جواب عن قوله والمنافع غير قابلة للملك . وبتقريره لأنسأما غير قابلة للملك فلها تملك بالهد كذا في الإجارة فتجعل في الإعارة كذلك دفعا للحاجة وقد مر لنا الكلام فيه . فإن قيل : لو كانت تملك المنفعة لما تفاوت الحكم في الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف

وإنما لا يجوز فيها يختلف باختلاف المستعمل دفعا لزيد الضرر عن المعبر لأنه رضى باستعماله لا باستعمال غيره : قال العبد الضعيف : وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقا . وهي على أربعة أوجه : أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع والمستعير فيه أن ينفع به أى نوع شاء فى أى وقت شاء عملا بالإطلاق . والثانى أن تكون مقيدة فيما وليس له أن يجاوز فيه ماسماه عملا بالتقييد إلا إذا كان خلافا إلى مثل ذلك أو إلى خير منه والخطئة

فى الإجارة . قال صاحب العناية بعد تقرير مراد المصنف هاهنا وقد مر الكلام فيه . أقول : لم يمر منه كلام مناسب للمقام سوى بحثه الثالث من أبحاثه الثلاثة إلى أوردها فى صدر كتاب العارية ، ودفعنا كله هناك لكنه ليس بمتشتمل هنا ، لأن حاصله أن قياس المنافع على الأعيان ليس بنام ، لأن من شرط القياس كون القرع نظير الأصل والمنافع ليست نظير الأعيان ، ولا شك أن للقياس والمقيس عليه فيما نحن فيه كلامهما من قبيل المنافع فكان القرع نظير الأصل قطعا (قوله وهذا إذا صدرت الإجارة مطلقا) قال عامة الشراح : أى ما ذكر من ولاية الإجارة للمستعير إذا صدرت الإجارة مطلقا . أقول : فيه إشكال ، لأن المذكور فى الكتاب أن للمستعير أن يعير المستعار فيما إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل ، فعناه أن للمستعير ولاية الإجارة فيما إذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل . وقد تقرر فى عامة كتب الفقه حتى المتون أن اختصاص ولاية الإجارة للمستعير بما إذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل إنما هو إذا صدرت الإجارة مقيدة بأن ينفع به المستعير بنفسه ، وأما إذا صدرت الإجارة مطلقا فلمستعير ولاية الإجارة مطلقا : أى سواء كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل أو مما لا يختلف ، وهذا مما أطبق عليه كلمة الفقهاء الحنفية حتى المصنف نفسه حيث قال فى آخر هذه المسئلة : فلو استعار دابة ولم يسم شيئا لم أن يحمل ويعير غيره للحمل ، لأن الحمل لا يضاوت ، وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب غنظا هـ . فقول المصنف وهذا إذا صدرت الإجارة مطلقا على تقدير أن يريد بكلمة هذا الإشارة إلى ما قاله عامة الشراح كما هو الظاهر إنما تم لو لم يكن ما ذكر فى الكتاب فيما قبل مقيدا بقوله إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل . ولما كان ذلك مقيدا به لم يتم قوله المزبور بل كان ينبغي له أن يقول هذا إذا صدرت الإجارة مقيدة على مقتضى مانصوا عليه قاطبة كما بيناه : والعجب من عامة الشراح أنهم فسروا المشار إليه بكلمة هذا الواقعة فى كلام المصنف بما ذكروا ، ولم يترصوا لما فيه من الإشكال مع ظهوره جدا . ثم إن الشارح تاج الشريعة كأنه تنبه للمحذور الذى ذكرناه فقال فى شرح قول المصنف : وهذا إذا صدرت الإجارة مطلقا الإشارة لاتمود إلى المسئلة المتضمنة بل إلى أن المستعير أن ينفع بالعارية ما شاء إذا أطلقت العارية هـ . أقول : هذا الذى ذكره هذا الشارح وجعله مایود إلى الإشارة بما لم يذكر فيما قبل قط فكيف يصلح أن يكون مشارا إليه بكلمة هذا الواقعة فى كلام المصنف هاهنا ، ولا يشار باسم الإشارة لا إلى المحسوس المشاهد ، أو إلى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد كما تقرر فى موضعه ، فكانه هرب عن ورطة ووقع فى ورطة أخرى أشد من الأولى . والإنصاف أن المصنف لو ترك قوله وهذا إذا صدرت الإجارة مطلقا وشرع فى الكلام الذى يسطه بأن يقول والإجارة على أربعة أوجه لكان أحرى ، ولقد أحسن صاحب الكافي فى هذا المقام حيث قال أولا : وله أن يعير ، وذكر خلاف الشافعى وبين دليل الطرفين . ثم قال : ثم هذه المسئلة على وجهين : إما أن حصلت الإجارة مطلقا فى حق المتعير بأن أعار ثوبا لليس ولم يبين اللابس أو دابة للركوب ولم يبين الركاب أو دابة للحمل ولم يبين الحامل ، وفى هذا الوجه له أن يعير سواء كان المستعار شيئا يضاوت الناس فى الانتفاع به كاللبس فى الثوب والركوب فى الدابة أو لا يضاوتون فى الانتفاع به كالحمل على الدابة عملا بإطلاق اللفظ ، وإن حصلت الإجارة مقيدة بأن استعار ليليس بنفسه أو ليركب بنفسه أو ليحمل بنفسه فله أن يعير فيما لا يضاوت الناس فى الانتفاع به كما فى الحمل ، وليس

كالمالك . أجاب بقوله (وإنما لا يجوز فيها يختلف باختلاف المستعمل دفعا لزيد الضرر عن المعبر لأنه رضى باستعماله لا باستعمال غيره ، وقال هذا) أى ما ذكر من ولاية الإجارة للمستعير (إذا صدرت الإجارة مطلقا) فوجب أن يبين أقسامها فقال (وهى على أربعة أوجه) وهى قسمة عقلية (أحدها أن تكون مطلقة فى الوقت والانتفاع . والثانى أن تكون مقيدة فيما . والثالث أن تكون مقيدة فى حق الوقت مطلقا فى حق الانتفاع . والرابع بالعكس) فلمستعير فى الأول أن ينفع به أى نوع شاء فى أى

مثل الحنطة، والشعير خير من الحنطة إذا كان كيلا . والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له أن يتعدى ما ساءه ، فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل ويعبر غيره للحمل لأن الحمل لا يضاف ، وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفا لأنه لما أطلق فيه فله أن يعين ، حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره لأنه تعين ركوبه ، ولو أركب غيره ليس له أن يركبه حتى لو فعله ضمنه لأنه تعين الإركاب . قال (وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعلود قرض) لأن الإعارة تملك المنافع ، ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها فاقضى تملك العين ضرورة ذلك بالمبة أو بالقرض والقرض أدناها فيثبت ، أولأن من قضية الإعارة الانتفاع ورد العين فأقيم رد المثل مقامه . قالوا : هنا إذا أطلق الإعارة ،

له أن يعبر فيها بضاوت الناس في الانتفاع به كالليس والركوب . ثم قال : وهنا هو الكلام في إعارة المستعير . وأما الكلام في انتفاعه في المستعار فهو على أربعة أوجه ، فذكر ما ذكره المصنف من الوجوه الأربعة (قوله إلا إذا كان خلافا إلى مثل ذلك أو إلى خير منه) كن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحمل عليها قفيزا من حنطة أخرى أو حمل عليها قفيزا من شعير ، وفي القياس يضمن لأنه مخالف ، فإن عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر ، ألا ترى أن الوكيل بالبيع يألف درهم إذا باع بألف دينار لم ينفذ يبعه . وجه الاستحسان أنه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة ، إذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ، ومثل كيل الحنطة من الشعير أخف على الدابة ، والتقييد إنما يعتبر إذا كان مفيدا كذا في العصابة وغيرها . أقول : فقاتل أن يقول : ما ذكرنا في وجه الاستحسان منقطع بالوكيل بالبيع يألف درهم إذا باع بألف دينار فإنه لم ينفذ يبعه على ما صرحوا به ، مع أن ما ذكرنا في وجه هذا الاستحسان هاهنا جاز هناك أيضا ينفذ يبعه أيضا فتأمل (قوله أولأن من قضية الإعارة الانتفاع ورد العين فأقيم رد المثل مقامه) أقول : يرى هذا التحليل خلافا عن التحصيل ، لأن حقيقة الإعارة متفية

وقت شاء عملا بالإطلاق . وفي الثاني ليس له أن يجاوز فيه ما ساءه من الوقت والمنفعة (إلا إذا كان خلافا إلى مثل ذلك) كن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحملها قفيزا من حنطة أخرى (أو إلى خير منه) كما إذا حمل مثل ذلك شعيرا استحسانا . وفي القياس يضمن لأنه مخالف ، فإن عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر ، ألا ترى أن الوكيل بالبيع يألف درهم إذا باع بألف دينار لم ينفذ يبعه . وجه الاستحسان أنه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة ، إذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ، ومثل كيل الحنطة من الشعير أخف على الدابة والتقييد إنما يعتبر إذا كان مفيدا (وفي الثالث والرابع ليس له أن يتعدى ما ساءه من الوقت والنوع) وعلى هذا (فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل ويعبر غيره للحمل لأن الحمل لا يضاف) وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفا ، لأنه لما أطلق كان له التحين . حتى لو ركب بنفسه تعين الركوب فليس له أن يركب غيره وبالعكس كذلك ، فلو فعله ضمنه لتعين الركوب في الأول والإركاب في الثاني) وهذا الذي ذكره اختيار فخر الإسلام . وقال : غيره : له أن يركب بعد الإركاب ويركب بعد الركوب ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وشيخ الإسلام . قال (وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعلود قرض الخ) إذا استعار الدراهم فقال له أعرتك دراهمي هذه كان بمنزلة أن يقول أعرتك ، وكذلك كل مكيل وموزون ومعلود لأن الإعارة تملك المنفعة ، ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها ، فكان ذلك تملك العين اقتضاء ، وملك العين إما بالمبة أو بالقرض ، والقرض أدناها لكونه متيقنا به . قيل لأنه أقل ضررا على المعطى لأنه يوجب رد المثل ، وما هو أقل ضررا فهو الثابت يبقينا ، ولأن من قضية الإعارة الانتفاع ورد العين وقد عجز عن رده فأقيم رد المثل مقامه . قال المشايخ : هنا إذا أطلق الإعارة . وأما إذا عين البهية بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له إلا المنفعة المعينة ، فصار كما إذا استعار آنية ليحمل بها أو سيفا على يقلده ، يقال عايرت المكايل أو الموازين إذا قايسها ، والمعاير المعيار الذي يقاس به غيره ويسوى ،

وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له إلا المنفعة السمة وصار كما إذا استعار آنية يتحمل بها أوصيفا على يتقلده . قال (وإذا استعار أرضا ليعين فيها أو ليغرس فيها جاز وللمعير أن يرجع فيها ويكلفه قلع البناء الغرس) أما الرجوع فلما بينا ، وأما الجواز فلأنها منفعة معلومة تملك بالإجارة فكذا بالإعارة . وإذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا أرض المعير فيكلف تفريغها ، ثم إن لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لأن المستعير مغتفر غير مغرور حيث اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد وإن كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرناه ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد

في عارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود ، إذ قد صرحوا في صدر كتاب العارية بأن من شرطها كون المستعار قابلا للانتفاع به مع بقاء عينه ، وأن الأشياء المذكورة لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فتعذر حقيقة الإعارة فيها فجعلناها كتابة عن الغرض ، وكلنا حكم الإعارة منتف في عارية الأشياء المذكورة ، إذ قد صرحوا بأنها مضمونة للمالك من غير تعد من القابض ، فإذا لم تتحقق حقيقة الإعارة ولا حكمها في عارية هذه الأشياء فلا تأثير فيها أصلا لأن يكون من قضية الإعارة الانتفاع ورد العين ولا لإقامة رد المثل مقام رد العين . نعم يفهم من مضمون هذا التعليق مناسبة في الجملة بين العارية والقرض صالحة لأن يعمل لفظ الإعارة في مستلثنا هذه مجازا أو كتابة عن معنى الإقراض ، ولكن كلامنا في صلاحية ذلك لأن يكون علة لأصل المسئلة كما هو الظاهر من أسلوب التحرير فعليك بالتأمل الصادق (قوله وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له إلا المنفعة السمة) أقول : لقاتل أن يقول : المفهوم من هذا الكلام إمكان الانتفاع بعين الدراهم ونحوها واعتبار ذلك شرعا أيضا فكيف يتم ما ذكرنا سابقا من أنه لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاكها ؟ ويمكن أن يجاب بأن المذكور سابقا بناء على الأكثر الأغلب ، فلما أراد أنه لا يمكن الانتفاع بنحو الدراهم في الأعم الأغلب إلا باستهلاكها ، فإيدار الحكم عند الإطلاق على ما هو الأغلب ، وأما عند تعيين الجهة فيظهر أن المقصود تمايك المنفعة مع بقاء العين على ملكه فيحمل على ذلك . فإن قلت : عبارة المصنف لمساعد التوجيه الذي ذكرته فإن الحصر المستفاد من قوله ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاكها يقتضي انتفاء إمكان الانتفاع بها بالكلية بدون استهلاكها . قلت : يمكن حل الحصر

وإذا استعار أرضا لبناء والغرس جاز وللمعير الرجوع فيها وتكليف قلع البناء والغرس . أما الجواز فلأن هذه المنفعة معلومة تملك بالإجارة فكذا بالإعارة دفعا للحاجة . وأما الرجوع فلما بينا ، يعني به قوله وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء لقوله صلى الله عليه وسلم المنفعة مودعة والعارية مودعة ، وأما التكليف فلأن الرجوع إذا كان صحيحا بقي المستعير شاغلا أرض المعير فيكلف تفريغها ، ثم إن المعير إما أن وقت العارية أو لم يوقت ، فإن لم يوقت فلا ضمان عليه لأن المستعير مغتفر غير مغرور من جانب المعير حيث اعتمد إطلاق العقد وظن أنه يتركها في يده مدة طويلة من غير أن يسبق منه الوعد ، وإن كان وقت العارية فيرجع قبل الوقت صح لما ذكرناه ، ولكن يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لأنه مغرور من جهته حيث وقت له ، إذ الظاهر الوفاء بالمعهد والمغرور يرجع على الغار دفعا للضرر عن نفسه . فإن قيل : الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما مر ، والإعارة ليست كذلك . أجب بأن التوقيت من المعير التزام منه لتقسية البناء والغرس إن أراد إخراجه قبل ذلك الوقت معنى . وتقرير كلامه ابن في هذه الأرض بنفسك على أن أتركها في يديك إلى مدة كذا ، فإن لم أتركها فأتا ضمانك لك بقرينة حاله ، وذلك لأن كلام العاقل محمول على القائلة ما أمكن ، وحيث كانت الإعارة بدون التوقيت صحيحة شرعا لا بد من فائدة للذكر الوقت وذلك ما قلنا . ونوجه قوله مانقصر البناء والغرس أن ينظر كم تكون قيمة البناء والغرس إذا بقي إلى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته : يعني إذا كانت قيمة البناء إلى المدة المضروبة

(قوله وإن كان وقت العارية) أقول : مطوف على قوله فإن لم يوقت فلا ضمان (قوله هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما مر)

(وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع) لأنه مغرور من جهته حيث وقت له ، والظاهر هو الوفاء بالعهد ويرجع عليه دفعا لافترار عن نفسه ، كما ذكره القنودى في المختصر . وذكر الحاكم الشهيد أنه يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له ، إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لأنه ملكه . قالوا : إذا كان في القلع ضرر بالأرض فالحيار إلى رب الأرض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والرجيع بالأصل ، ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت ، لأن له نهاية معلومة ، وفي الترك مراعاة الحقيقين ،

المذكور على الحصر الادعائى بناء على عدم الاعتداد بالأقل فلا يقتضى انتفاء ذلك بالكلية (قوله وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع) قال صاحب الغاية : أى نقصان البناء والغرس على أن ما مصلرية ، ويجوز أن تكون ، وصوله بمعنى الذى ، فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين ، وعلى الأول يكونان مرفوعين اهـ كلامه ، وتبعه الشارح المعنى . أقول : لا يظهر وجه صحة كون البناء والغرس منصوبين هاهنا لأن الذى نقص البناء والغرس إنما هو القلع فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعير قلع البناء والغرس ، وليس هذا بصحيح لأن القلع ليس من جنس ما يضمن بل هو سبب الضمان ، وإنما المضمون قيمة البناء المنتفعة بالقلع ، ويمتنع أيضا صحة المعنى على ذلك التقدير قوله بالقلع إذ يصير المعنى حيثئذ وضمن المعير القلع بالقلع ، ولا يمتنع ما فيه . فالوجه عندى هاهنا رفع البناء والغرس لا غير . أما على تقدير كون ما مصلرية فواضح . وأما على تقدير كونها موصولة فيتقدير الضمير الراجع إليها على أن يكون تقدير الكلام وضمن المعير ما نقص البناء والغرس فيه بالقلع وهو القيمة ، فيكون كلمة نقص هاهنا من نقص فى دينه وعقله كما ذكر فى القاموس . وقال صاحب الغاية : ووجه قوله ما نقص البناء والغرس أن ينظر كم يكون قيمة البناء ، والغرس إذا بقي إلى المدة المفروضة فيضمن ما نقص من قيمته ، يعنى إذا كان قيمة البناء إلى المدة المفروضة عشرة دنائير مثلا ، وإذا قلع فى الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما انتهى كلامه . وقد كان صاحب الكفاية وتاج الشريعة ذكر معنى هذا المقام ومثاله على الموال الذى ذكره صاحب الغاية غير أنها قالوا بدل قوله يرجع بهما فيرجع بثمانية دنائير فكان بعض العلماء أخذوا قالا حصصا فأورد على ما ذكره صاحب الغاية حيث قال فيه

عشرة دنائير مثلا ، وإذا قلع فى الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما ، كما ذكره القنودى رحمه الله يريد به ضمان ما نقص . وذكر الحاكم الشهيد أن المعير يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنائه فيكونان له ، إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فله ذلك لأنه ملكه ، قالوا : يعنى المشايخ إذا كان بالأرض ضرر بالقلع فالحيار إلى رب الأرض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والرجيع بالأصل . قيل معنى كلامه ههنا أن ما قال القنودى إن المعير يضمن نقصان البناء والغرس محمول على ما إذا لم يلحق الأرض بالقلع ضرر ، أما إذا لحق فالحيار فى الإبقاء بالقيمة مقلوبا وتكليف القلع وضمان النقصان إلى صاحب الأرض وهو ظاهر ، ويجوز أن يتعلق بقوله الحاكم الشهيد : ومعناه أن المستعير إنما يتمكن من القلع وترك الضمان إذا لم تنضر الأرض بالقلع ، وأما إذا تضررت فالحيار لرب الأرض وهو الأظهر . ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع بل ترك فى يده بطريق الإجارة بأجر المثل وقت أو لم يوقت ، لأن الزرع له نهاية معلومة ،

أقول : فإجاب المقارِب يشارب (قوله وإذا قلع فى الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما ، كما ذكره القنودى) أقول : فيه كلام وهو أن القلع ما نقص دينارين بل نقص ثمانية دنائير فينبغى أن يرجع بها كما لا يخفى ، هذا إشكال الغاضل المعنى القديم بمقبول باشا ، فأقول : الظاهر أن قوله قيمة النقص من إضافة الموصوف إلى الصفة : أى القيمة للمفوضة فلا إشكال (قوله ويجوز أن يتعلق بقوله الحاكم الشهيد) إلى قوله : وهو الأظهر (أقول : المفهوم من كلام الزيلعى أن يتعلق بقوله القنودى ويكلفه قيمة قلع البناء والغرس فراجع . قال المصنف (لأن له نهاية معلومة) أقول : مقتضى هذا التحليل أن لا يجوز الرجوع قبل الوقت فى الموقفة لأن لها نهاية معلومة ، ولأن الوقت مخصوص عليه هاهنا وفى الإعادة لزوم الوقت ثابت دلالة والنس أقوى من الدلالة انتهى . والجواب أن القنودى لصاحب البناء والغرس نصحين سواء وقت

ببطلان الفرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقطع دفعا للضرر عن المالك : قال (وأجرة رد العارية على المستعير) لأن الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة الرد فتكون عليه (وأجرة رد العين المستأجرة

كلام ، وهو أن القلع مانع من ديارين بل نقص ثمانية دنائير فينبغي أن يرجع بها كما لا يخفى انتهى . أقول : لعل صاحب العناية أراد بقيمة النقص في قوله تكون قيمة النقص ديارين نقصان القيمة على طريقة القلب ، ولا يخفى أنه إذا كان نقصان القيمة بالقلع ديارين كان النقصان بين القيمتين ديارين فيرجع بهما قطعا . وأما صاحب الكفاية وتاج الشريعة فكأنهما أرادا بقيمة النقص معنى قيمة النقص ، وإذا كان قيمة النقص بالقلع ديارين يكون النقصان بين القيمتين ثمانية دنائير فيرجع بثمانية دنائير ، وهذا ظهر توجيه كلام كل من طائفتي هؤلاء الشراح . وانتدع ما أورده ذلك البعض من العلماء على ما ذكره صاحب العناية كما لا يخفى . وأجاب بعض الفضلاء عن ذلك بوجه آخر حيث قال : فأقول للظاهر أن قوله قيمة النقص من إضافة الموصوف إلى الصفة أى القيمة المنقوصة فلا إشكال انتهى كلامه . أقول : ليس هذا بسديد ، إذ لا يجوز إضافة الموصوف إلى الصفة ولا إضافة الصفة إلى الموصوف على المذهب المنصور المختار حتى تقرر في عامة متون النحو وشاع أن الموصوف لا يضاف إلى صفته ولا الصفة إلى موصوفها ، وإنما جاز ذلك مذهب سخي كوفي لا ينبغي أن يصار إليه في توجيه كلام الثقات ، على أن النقص فيها نحن فيه لا يصلح أن يكون صفة للقيمة إلا بعد أن يعمل مجازا عن المفعول فيكون بمعنى المنقوصة ، وهذا تصف بعد تصف ، ولعمري إن من عادة ذلك الفاضل أن ينشئ بذلك المذهب السخي مع تكلف آخر في توجيه بعض المقامات ، وقد مر منه ذلك غير مرة ، ومع ذلك يزعم معنى لطيفا ظاهرا كما يلوح به قوله هاهنا فأقول : للظاهر أن قوله قيمة النقص من إضافة الموصوف إلى الصفة وما كان ينبغي له ذلك (قوله بخلاف الفرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقطع دفعا للضرر عن المالك) أقول : لقاتل أن يقول : إذا كان وقت في الفرس كان له نهاية معلومة بالتوقيت فينبغي أن لا تؤخذ الأرض منه هنا أيضا إلى تمام ذلك الوقت مراعاة للحقين . والجواب أن المراد أن الفرس ليس له في نفسه نهاية معلومة ، وبالتوقيت لا يتقرر له نهاية بل واز أن لا يقبله المستعير في تمام ذلك الوقت ، إما بعدد منه لخيانة نفسه ، أو بمنع منعه عنه فيلزم أن يتضرر المالك ، بخلاف الزرع فإن له في نفسه نهاية معلومة لا يتأخر عنه بالضرورة فافترقا . وأما ما قاله بعض الفضلاء من أن الضرر لصاحب البناء والفرس متعين سواء وقت أولا ، إذ ليس لما نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين ، بخلاف الزرع فليس بتام لأن تعيين الضرر لصاحب البناء والفرس ممنوع ، إذ يجوز أن يسكن صاحب البناء في البناء شتاء ثم يتنقص البناء إذا جاء الصيف ، وأن يفرس صاحب الفرس الشجر ثم يقلعه بعد مدة ليبيعه كما هو العادة ، فإذا وقت المير العارية بالمدة المعتادة في نقص مثل ذلك البناء وقطع مثل ذلك الشجر ولم تؤخذ الأرض من يد المستعير إلى تمام تلك المدة لم يتضرر صاحب البناء والفرس أصلا ، ومما يؤيد هذا ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة عند شرح قول المصنف ثم إذا لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لأن المستعير مقتر غير مغرور ،

وفي الترك مراعاة الحقين ، فإنه لما كان الترك بأجر لم تقف منفعة أرضه بمجانا ولا زرع الآخر ، بخلاف الفرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقطع دفعا للضرر عن المالك . قال (وأجرة رد العارية على المستعير الخ) أجرة رد العارية على المستعير وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر ، وذلك لأن الأجر مؤنة الرد ، فمن وجب عليه الرد وجب أجره ، والرد في العارية واجب على المستعير لأنه قبضه لمنفعة نفسه ، والفرم يلزم الفهم ، وفي الإجارة ليس الرد واجبا على المستأجر ، وإنما الواجب عليه التمكن والتخلى لأن منفعة قبضه سائلة للمؤجر معنى فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا ، ولا يعارض بأن المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة لأن منفعة الأجر عين ومنفعة المستأجر منفعة ، والعين لكونه متبوعا أولى من المنفعة ، وعلى هذا كان أجرة رد المنسوب على الغاصب لأن الواجب عليه الرد دفعا للضرر عن المالك فتكون المؤنة عليه . ومن استعار دابة وردّها إلى إصطبل

أو لا ، إذ ليس لما نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين بخلاف الزرع فلو تأمل . (قوله والفرم يلزم الفهم) أقول : تأمل فيه (قوله فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا) أقول : من أن الفرهم بالمفهم .

على المؤجر) لأن الواجب على المستأجر التمكن والتخلية دون الرد . فإن منفعة قبضه سائلة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده (وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب) لأن الواجب عليه الرد والإعادة إلى يد المالك دفعا للضرر عنه فتكون مؤنة عليه . قال (وإذا استعار دابة فردها إلى إصطبل مالكها فهلك لم يضمن) وهذا استحسان ، وفي القياس يضمن لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها . وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف لأن رد العواري إلى دار الملاك معتاد كآلة البيت ، ولو ردها إلى المالك فالمالك يردّها إلى المرتبط (وإن استعار عبدا فردّه إلى دار المالك ولم يسلمه إليه لم يضمن) لما بينا (ولو ردّ المغصوب أو الوديعة إلى دار المالك ولم يسلمه إليه ضمن) لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله ، وذلك بالرد إلى المالك دون غيره ، والوديعة لا يرضى المالك بردها إلى الدار ولا إلى يد من في العيال ، لأنه لو ارتضاه لما أودعها إياه ، بخلاف العواري لأن فيها عرفا ، حتى لو كانت العارية عقد جوه لم يردّها إلا إلى المبرر لعدم ما ذكرناه من العرف فيه . قال (ومن استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن) والمراد بالأجير أن يكون مسانئة أو مشاهرة لأنها أمانة ، وله أن يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة ، بخلاف الأجير مياومة لأنه ليس في عياله (وكلنا إذا ردها مع عبد ربّ الدابة أو أجيره) لأن المالك يرضى به ، ألا ترى أنه لو رده إليه فهو يردّه إلى عبده ، وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب ، وقيل فيه وفي غيره وهو الأصح ، لأنه إن كان لا يدفع إليه دائما يدفع إليه أحيانا (وإن ردها مع أجنبي ضمن) ودلت المسئلة على أن المستأجر لا يملك

حيث قال : فإن قيل هو مرفور لأنه إن لم يوقت صريحا لكن وقت دلالة لأن البناء والغرس "الدوام فكانت الإعارة له توقيتا . قلنا : البناء قد يبنى لمدة قليلة بأن يسكن شتاء ثم ينقض إذا جاء الصيف ، والشجر قد يقرص ثم يقلع بعد زمان ليبيع كما هو العادة ، انتهى كلامهما تأمل ترشد (قوله لأن الواجب على المستأجر التمكن والتخلية دون الرد ، فإن منفعة قبضه سائلة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده) قال صاحب النهاية : فإن قيل : كما أن المنفعة سائلة للمؤجر فكذلك هي سائلة للمستأجر أيضا وهي الانتفاع بمنافع العين المستأجرة . قلنا : إن المنفعة الحاصلة للمؤجر مال حقيقة وحكما ، وما حصل للمستأجر منفعة وليس بمال من كل وجه فكان اعتبار منفعة المؤجر أولى ، إلى هذا أشار الإمام المحبوبي وغيره في باب مسائل متفرقة من إيجارات الجامع الصغير حيث قالوا : وفي المستأجر المنفعة عائدة إلى الآجر لأنه يتوصل به إلى ملك الآجر أكثر ما فيه أن لكل واحد منهما فيه منفعة ، لكن منفعة الآجر أقوى لأنه مالك للعين وملك المستأجر في المنفعة والمنفعة تابعة للعين انتهى . وقد أخذ منه صاحب العناية حيث قال : ولا يعارض بأن المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة ، لأن منفعة الآجر عين ومنفعة المستأجر منفعة والعين لكونه متبرعا أولى من المنفعة انتهى . أقول : في الجواب نظر ، إذ الظاهر أن مرادهم بالمنفعة في قولهم إن منفعة الآجر عين هو الأجرة كما صرح به في الكافي ، والأجرة لا يلزم أن تكون عينا البتة ، إذ قد مصرحوا في كتاب الإيجارات بأن الأجرة قد تكون عينا وقد تكون دينيا وقد تكون منفعة من خلاف جنس المقود عليه فلم يصح القول بأن منفعة الآجر عين على الكلية فلم يتم الجواب (قوله وفي القياس يضمن لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها) قال صاحب العناية في تحرير المقام :

مالكها فهلك لم يضمن ، وفي القياس هو ضامن لأنه تضييع لارد ، وصار كرد المغصوب أو الوديعة إلى دار المالك من غير تسليم إليه ، لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد إلى المالك دون غيره ، وعلى المودع الرد إلى المالك لا إلى داره ومن في عياله ، لأنه لو ارتضى بالرد إلى عياله لما أودعها إياه . وجه الاستحسان أن في العارية عرفا ليس في غيرها ،

(قوله وفي القياس هو ضامن لأنه تضييع لارد ، إلى قوله : لأنه لو ارتضى بالرد إلى عياله لما أودعها إياه) أقول : وفيه بحث ، فإن

الإيداع قصدا كما قاله بعض المشايخ ، وقال بعضهم : بملكه لأنه دون الإعارة ، وأولوا هذه المسئلة بأنشاء الإعارة لانقضاء المدة . قال (ومن أعار أرضا يبيضا للزراعة يكتب إنك أطعمتني عند أي حنيقة رحه الله ، وقالوا : يكتب إنك أعرتني) لأن لفظة الإعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع له أولى كما في إعارة الدار . وله أن لفظة الإطعام أدل على المراد لأنها تخص الزراعة والإعارة تنظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها أولى ، بخلاف الدار لأنها لا تعار إلا للسكنى ، والله أعلم بالصواب .

(كتاب الهبة)

وقى القياس هو ضمان لأنه تضمين لارد ، وصار كرد المنصوب أو الودعية إلى دار المالك من غير تسليم إليه ، لأن الواجب على الغاصب فسق فعله وذلك بالرد إلى المالك دون غيره ، وعلى المودع الرد إلى المالك لا إلى داره ومن في عياله ، لأنه لو ارتضى بالرد إلى عياله لما أودعها إياه اه كلامه . أقول : هذا تحرير غلط ، فإن قوله لأن الواجب على الغاصب الخ كلامه الزبور يشتر بالفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا ينبغي أن يذكر في بيان وجه القياس كما لا يخفى ، ولهذا لم يذكره أحد سواء هاهنا ، بل إنما ذكره في محله قياسا كما ترى .

(كتاب الهبة)

ذكرنا وجه المناسبة والترتيب في الودعية وهو الترتيب من الأدنى إلى الأعلى ، ولأن العارية كالفرد والهبة كالركب لأن فيها تملك

وهو أن رد العارية إلى دار المالك معتاد كآلة البيت ، فإنه لو ردها إلى المالك لردها المالك إلى المريط ، وعلى هذا إذا استعار عبدا فردّه إلى دار المالك ولم يسلمه إليه لم يضمن ، ولو استعار عقد لؤلؤ لم يردّه إلا إلى المعبر للعرف في الأول وعدمه في الثاني . ومن استعار دابة فردّها مع من في عياله كعبده وأجيريه مسانبة أو مشاورة فهو صحيح لأنها أمانة وله حفظها على يدهم كما في الودعية ، وكذا إذا ردها مع عبده رب الدابة أو أجيريه لوجود الرضا به من المالك ، ألا ترى أنه لو ردها إليه فهو يردّها إلى عبده . وانخلفوا في اشتراط كون هذا العبد بمن يقوم على الدواب قليل به ، وقيل هو وغيره سواء ، وهو الأصح لوجود اللدفع إليه في اللحظة وإن ردها مع أجنبي ضمن ، ودلت هذه المسئلة على أن المستعير لا يملك الإيداع قصدا كما قال بعض المشايخ وهو الكرخي . ومن قال بأنه يملك الإيداع وهو مشايخ العراقي أولوا هذه المسئلة بانتهاج الإعارة لانقضاء مدها فكان إذ ذاك مودعا وليس له أن يودع غيره ، فإذا أودعه وفارقه ضمن بالاتفاق كما تقدم ، وبقي كلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح .

(كتاب الهبة)

قد ذكرنا وجه المناسبة في الودعية ، ومن حاسنها جلب الهبة . وهي في اللغة حجارة عن إيصال الشيء إلى الغير بما يدفعه ،

هاتين الصليتين يضمنان التنبيه على الفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا يناسب ذكرهما هنا (قوله فكان إذ ذاك مودعا) أقول : بل يكون إذ ذاك مفعلا ، حتى إذا هلكت في يده ضمن ، فكانا إذا تركها في يد الأجنبي ذكره الزيلعي فراجعه ، ثم كونه كاللودع به لانقضاء المدة قول لبعض الأصحاب ، لكن المرجحان التضمين وهو قول للرضوي واختيار قاضيخان رحمه الله .

(كتاب الهبة)

المبة عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام «تأدوا تحابوا» وعلى ذلك انعقد الإجماع (وتصح بالإيجاب والقبول والقبض) أما الإيجاب والقبول فلائنه عقد والعقد ينقذ بالإيجاب، والقبول والقبض لابد منه لثبوت الملك. وقال مالك: يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا

العين مع المنفعة. ثم عاين المبة لاختصى ولا تخفى على ذوى النهى، فقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب فقال - إنك أنت الوهاب - وهذا يكنى لمحاسنها. ثم إن المبة في اللغة أصلها من الوهب، والوهب يتسكين الماء وتحريكها، وكذلك في كل معتل الفاء كالوعد والعهدة والوعظ والمظة فكانت من المصادر التي تحذف أوائلها ويعوض في أواخرها التاء، ومعناها: إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه سواء كان مالا أو غير مال، يقال وهب له مالا وهيا وهية، ويقال وهب الله فلانا ولدا صالحا، ومنه قوله تعالى - فهب لي من لدنك وليا يرثني - ويقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه، ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب، وأتته منه قبله واستوهبه طلب المبة، كذا في معراج النذرية وغيره. وأما في الشريعة فهي تملك المال بلا عوض، كذا في عامة الشروح بل النون. أقول: يرد عليه النقض عكسا بالمبة بشرط العوض كما ترى، ولم أر أحدا من شراح الكتاب حام حول التعرض للجواب عن هذا النقض ولا لإيراده مع ظهور وروده جدا، غير أن صاحب الدرر والفرر قصد إلى الجواب عنه حيث قال في منته: هي تملك حين بلا عوض. وقال في شرحه: أى بلا شرط عوض، لأن عدم العوض شرط فيه لينتقض بالمبة بشرط العوض فتدبر اه كلامه. أقول: فيه نظر، إذ لو كان المراد بقوله بلا عوض في تعريف المبة معنى بلا شرط عوض ليم ما كان بشرط العوض من المبة بناء على ما تقرر في العلوم العقلية من أن بلا شرط شيء أعم من بشرط شيء ومن بشرط لا شيء لكان تعريف المبة صادقا على البيع أيضا كما لا يخفى، فلزم أن ينتقض به طردا على عكس ما في المعنى الظاهر فلا يندفع المحذور بذلك بل يشتد. ثم أقول: يمكن الجواب عن أصل النقض بأنه يجوز أن يكون المراد بقوله بلا عوض في تعريف المبة بلا اكتساب عوض، فالخفى أن المبة هي تملك المال بشرط عدم اكتساب العوض فلا ينتقض بالمبة بشرط العوض، فلها وإن كانت بشرط العوض إلا أنها ليست بشرط الاكتساب، ألا ترى أنهم فسروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب، وقالوا خرج بقولنا بطريق الاكتساب المبة بشرط العوض. ثم أقول: بقی في التعريف المزبور شيء وهو أنه يصدق على الوصية بالمال، فلها أيضا تملك المال بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعا عن دخول الأعيان، فلو زادوا قيد في الحال فقالوا: هي تملك المال بلا عوض في الحال لخرج ذلك، فإن الوصية تملك بعد الموت لا في الحال (قوله وتصح بالإيجاب والقبول الخ) قال صاحب النهاية: أى تصح بالإيجاب وحده في حق الوهاب، وبالإيجاب والقبول في حق الموهوب له، لأن المبة عقد تبرع قيم بالتبرع فقصار هو عندنا بمنزلة الإقرار والوصية، ولكن

قال الله تعالى - فهب لي من لدنك وليا - وفي الشريعة تملك المال بلا عوض (وهو عقد مشروع لقوله صلى الله عليه وسلم «تأدوا تحابوا» وعلى هذا انعقد الإجماع) وتصح بالإيجاب والقبول والقبض (وهذا بخلاف البيع من جهة العاقلين، أما من جهة الوهاب فلا إن الإيجاب كاف، ولهذا لو حلف على أنه يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برّ في يمينه، بخلاف البيع، وأما من جهة الموهوب له فلا إن الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع) وقال مالك: يثبت الملك فيها قبل القبض اعتبارا

(قوله قال الله تعالى - فهب لي من لدنك وليا -) أقول: كظاهر أن الولي ليس بمال ولا بمالك (قال المصنف: وتصح بالإيجاب والقبول) أقول: قال العلامة الكاكي قوله وتصح بالإيجاب كقوله وهبت ونحوه كما يحى: أى تصح في حق الوهاب بمجرد الإيجاب وفي حق الموهوب له بالقبول والقبض، لأن المبة عقد تبرع قيم بالتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الإقرار والوصية، ولكن الموهوب له لا يملكه إلا بالقبول والقبض. وعمرة ذلك فيمن حلف لأهب فوهب ولم يقبل للموهوب له يثبت، أو حلف على أن يهب فلانا فوهب ولم يقبل برّ في يمينه عندنا انتهى. ولا يلحق عليه علم مطابقة الشرح المشروع.

بالبيع ، وعلى هذا الخلاف الصدقة . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا يجوز الهبة إلا مقبوضة » والمراد نفي الملك ،

لا يملكه الموهوب له إلا بالقبول والقبض . وثمرة ذلك تظهر فيما ذكرنا في مسائل متفرقة من كتاب الأيمان في قوله ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل فقد برّ في يمينه ، بخلاف البيع اه . كلامه . واقتضى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحال ، ونسج صاحب غاية البيان معنى المقام على هذا المتوال أيضا وعزا إلى المحصر والمختلف . وبني صاحب العناية أيضا كلامه هاهنا على اختيار هذا المعنى حيث قال في شرح هذا المقام : وهذا بخلاف البيع من جهة العاقلين ، أما من جهة الواهب فلا لأن الإيجاب كاف ، ولهذا لو حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برّ في يمينه بخلاف البيع ، وأما من جهة الموهوب له فلا لأن الملك لا يثبت بالقبول بلون القبض ، بخلاف البيع اه . والشارح المين أيضا اقتضى أثر هؤلاء ، وبالجملة أكثر الشراح هاهنا على أن الهبة تم بالإيجاب وحده . أقول : هذا الذي ذكروه وإن كان مطابقا جدا لما ذكره المصنف في مسائل متفرقة من كتاب الأيمان فإنه قال هناك : ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برّ في يمينه خلافا لوفر فإنه يعتبره بالبيع لأنه تمليك مثله . ولنا أنه عقد تبرع فيم بالتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل اه ، إلا أنه غير مطابق لما ذكره في هذا المقام ، لأن قوله أما الإيجاب والقبول فلا أنه عقد والعقد ينقد بالإيجاب والقبول بمنزلة اهريص في أن عقد الهبة لا يتم إلا بالإيجاب والقبول كسائر العقود ، ويشهد بهذا أيضا قوله والقبض لا بد منه لثبوت الملك ، إذ لو كان مراده أن الهبة عقد تبرع فيم بالتبرع ولكن لا يملكه الموهوب له إلا بالقبول والقبض لقول والقبض لثبوت الملك ، وهذا كله مالا ستره به عند من له ذوق صحيح . ثم إن صاحب النهاية ومعراج الدراية قد كانا صرحا قبيلا هذا الكلام بأن ركن الهبة هو الإيجاب والقبول ، ولا يخفى أن ذلك التصريح منهما ينافي القول منهما هاهنا بأن الهبة تم بالإيجاب وحده ، إذ لا شك أن الشيء لا يتم بيمين أركانه بدون حصول الآخر ضرورة انتفاء الكل بانتفاء جزء واحد منه . واعلم أن صاحب الكافي وصاحب الكفاية سلكا هاهنا مسلكا آخر فقالا : وركنها الإيجاب والقبول لأنها عقد ، وقيام العقد بالإيجاب والقبول لأن ملك الإنسان لا ينتقل إلى الغير بدون تمليكه ، وإلزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله ، وإنما يبحث لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل ، لأنه إنما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الإيجاب لا القبول لأنه فعل الغير اه . أقول : هذا التقرير وإن كان مناسباً لما ذكره المصنف هاهنا إلا أنه غير ملائم لما ذكره في مسائل متفرقة من كتاب الأيمان كما نقلناه آنفا ، وأيضا يرد عليه أن التعليل المذكور للحث فيما لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل يقتضى أن يبحث أيضا فيما لو حلف أن لا يبيع فباع ولم يقبل ، لأن المقدور له في كل عقد هو الإيجاب لا القبول ، مع أنه لا يبحث في صورة البيع كما صرحوا به . والحاصل أن كلمات القوم في هذا المقام لا تخلو عن الاضطراب وعن هذا قال صاحب غاية البيان : وأما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه ، قال شيخ الإسلام غواهر زاده في مبسوطه : هو مجرد إيجاب الواهب وهو قوله وهبت ولم يجعل قبول الموهوب له ركناً لأن العقد ينقد بمجرد إيجاب الواهب ، ولهذا قال علماءنا : إذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يبحث في يمينه عندنا . وقال صاحب التحفة : ركنها الإيجاب والقبول . ووجهه أن الهبة عقد والعقد هو الإيجاب والقبول إلى هنا كلامه . وقال صاحب البدائع : أما ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب ، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحصانا . والقياس أن يكون ركناً وهو قول زفر . وفي قول قال : القبض أيضا ركن . وقائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهبه له فلم يقبل أنه يبحث لاستحصانا ، وعند زفر لا يبحث ما لم يقبل ، وفي قول ما لم يقبل ويقبض ، وأجمعوا على أنه إذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان فباعه فلم يقبل أنه لا يبحث ، إلى

بالبيع ، وعلى هذا الخلاف الصدقة . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « لا يجوز الهبة إلا مقبوضة » أي لا يثبت حكم الهبة وهو الملك

لأن الجواز بدونه ثابت ، ولأنه عقد تبرع ، وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح ، بخلاف الوصية لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا إلزام على المتبرع لعدم أهلية الزوم ، وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها . قال (فإن قبضها الموهوب له في المجلس بشيء أمر الواهب جاز) استحسانا (وإن قبض بعد الافتراق لم يميز إلا أن يأذن له الواهب في القبض) والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي ، لأن القبض تصرف في ملك الواهب ، إذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح

هنا كلامه (قوله ولأنه عقد تبرع ، وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح) يعني لو ثبت الملك بمجرد العقد توجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي إلى إيجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به ، وإيجاب شيء لم يتبرع به يخالف موضوع التبرعات ، بخلاف المعاوضات ، كذا في الكافي وبعض الشروح . ورد بأن المتبرع بالشئ قد يلزمه ما لم يتبرع به إذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه ، كن نذر أن يصلي وهو عهده لزمه الوضوء ، ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الإتمام . وأجيب بأنه مغالطة ، فإن ما لا يتم الشيء إلا به فهو واجب إذا كان ذلك الشيء واجبا كما ذكرت من الصور فإنه يجب بالنذر أو الشرع ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، والمبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء ، فإنه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به ، كذا في العناية أخذنا من النهاية . أقول : فيه كلام ، أما أولا فلا ندر قوله فإنه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم منقوض بالمبة للقريب وبالمبة المعروض عنها وبغيرها مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع كما سيأتي ، وأما ثانيا فلأنه إذا جاز له الرجوع قبل التسليم وبعده لم يكن في إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم ، إذ يجوز الرجوع قبل التسليم يتفق لزوم التسليم فن أين يجب إلزام التسليم فليتأمل في الدفع

إذ الجواز ثابت قبل القبض) بالاتفاق (ولأنه عقد تبرع) وعقد التبرع لم يلزم به شيء لم يتبرع به (وفي إثبات الملك قبل القبض ذلك إذ فيه إلزام التسليم) . ورد بأن المتبرع بالشئ قد يلزمه ما لم يتبرع به إذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه ، كن نذر أن يصلي وهو عهده لزمه الوضوء ، ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الإتمام . وأجيب بأنه مغالطة ، فإن ما لا يتم الشيء إلا به فهو واجب إذا كان ذلك الشيء واجبا كما ذكرت من الصور فإنه يجب بالنذر أو الشرع ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب . والمبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء ، فإنه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به (بخلاف الوصية) فإن الملك يثبت بها بدون القبض لأنه لا إلزام ثم زيادة على ما تبرع ، وذلك (لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت وحينئذ لا يتصور الإلزام على المتبرع لعدم أهلية الزوم) وهذا موافق لرواية الإيضاح . وقال في البسوط : ولأن هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القول كالوصية ، ألحق المبة بالوصية . ووجه ذلك أن عقد المبة لما كان تبرعا كان ضعيفا . وفي نفسه غير لازم ، والملك الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم إليه ما يتأيد به ، وهو في المبة التسليم وفي الوصية موت الموصى لكون الموت يناق المالكية فصح الإلحاق (قوله وحق الوارث متأخر) جواب عما يقال بالوارث يخلت الموصى في ملكه فوجب أن يتوقف ملك الموصى له على تسليم الوارث إليه . وتقريره أن حق الوارث متأخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها لقيام مقام الميت فلا معتبر بتسليمه لأنه لم يملكها ولا قام مقام المالك فيها (فإن قبضها الموهوب له في المجلس بغير إذن الواهب جاز استحسانا ، وإن قبض بعد الافتراق لم يميز إلا أن يأذن له الواهب في القبض) والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي ، لأن القبض تصرف في ملك الواهب لأن ملكه قبل القبض باق) بالاتفاق (والتصرف في ملك

(قال المصنف : وهو التسليم فلا يصح) أقول : قال الكاكي : لا يقال إن الملك يقع على وجه لا يوجب التسليم لأنه لا يندى ، إذ تملكه الملك التحكم من التصرفات ، وذا إما يكون إذا كان مسيل من قبضه انتهى ، وفيه بحث .

بدون إذنه . ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك ،

(قوله ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك) قال الشراح : قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول ، فالمنى أن القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث أن الحكم وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع ، وبه صرح في المبسوط وأشار إليه في الإيضاح . وقال بعض الفضلاء : ولا أدري ما المانع من تعلقه بالقبول ، فإن التوقف لا يستلزم الإيجاب التام اه . أقول : لعل المانع عنه أمران : أحدهما أن المتبادر من كون الشيء بمنزلة الشيء أن يكون قائما مقامه ، وهذا لا يتصور فيما إذا كانا في عقد واحد كالقبض والقبول في الهبة ، فإن كلاهما حينئذ يعطى حكم نفسه بنفسه فلا يأخذ أحدهما حكم الآخر فلا يوجد نزول أحدهما بمنزلة الآخر وقيامه مقامه ، بخلاف ما إذا كانا في عقدين مختلفين كالقبض في الهبة والقبول في البيع فإنه يجوز حينئذ أن يأخذ أحدهما حكم الآخر فيكون بمنزلة ، وعن هذا قال في المبسوط : ولما كان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع أخذ حكم القبول في البيع . وثانيهما أن التوقف وإن لم يستلزم الإيجاب التام إلا أن القبول في الهبة كما لا يوجب ثبوت حكم عقد الهبة وهو الملك لا يتوقف عليه أيضا ثبوت حكم عقد الهبة لثبوت حكمه بدون تحقق القبول ، فإنه لو قال وهبتك هذا الشيء فضيحه الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض ، نص عليه الإمام الزيلي في التبيين وذكر في النخبة أيضا ، فلا يصح أن يقال إن القبض في الهبة بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك ، بخلاف القبول في البيع فإنه لا يثبت الملك قطعا ، ولا يصح عقد البيع أصلا بدون تحقق القبول فيه ، وهذا الوجه الثاني قطعي في المنع كما ترى . وطعن صاحب الغاية في قول المصنف : ولنا أن القبض الخ حيث قال : وكان ينبغي أن يقول : وجه الاستحسان لأنه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول المصنف في المتن فلم يكن قوله ولنا مناسبا اه . وقصد الشراح المعنى دفع ذلك بقابل فقله قلت : لما كان القياس هو قول الشافعي ووجه الاستحسان قولنا ناسب أن يقول ولنا وإن لم يصرح بذكر الشافعي اه . أقول : إن تحقق خصم يأخذ بالقياس في هذه المسئلة مما يجوز أن يقول ولنا إجماع إلى وقوع منازع في هذه المسئلة ، وأما مناسبة هذا القول وحسنه فإنما يحصلان عند ذكر مخالفة المصنف فيما قبل كما هو المتعارف المعتاد ، ومراد صاحب الغاية موافقته المصنف بتقوية المناسبة في تحريره لا نفي الصحة والجواز عن كلامه بالكلية فلا يدفعه ما قاله الشارح المعنى كما لا يخفى . واعترض على الدليل المزبور بأنه لو كان القبض بمنزلة القبول لما أصبح الأمر بالقبض بعد المجلس كما لا يصح أمر البائع المشتري بالقبول بعد المجلس . وأجيب بأن الإيجاب من البائع شرط العقد ، ولهذا لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يحنث ، فأما إيجاب الواهب فعقد تام بدليل أنه لو حلف لا يهب فهب ولم يقبل يحنث استحسانا فيقف على ما وراء المجلس فيصبح الأمر بالقبض وقبضه بعد المجلس ، وهذا السؤال والجواب المذكوران في عامة الشروح ، وعرضا في النهاية ومراجع الدرر إلى المختلطات . أقول : في الجواب بحث ، أما أولا فلأنه لا يدفع السؤال المذكور بل يقرره ، لأن حاصل ذلك السؤال القدح في المقدمة القائلة إن القبض بمنزلة القبول بأنه لو كان كذلك لما صح في القبض مالا يصح في القبول من التأخير إلى ما بعد المجلس . وحاصل الجواب بيان الفرق بين إيجاب الواهب وإيجاب البائع ، بأن الأول عقد تام والثاني شرط العقد وجعل هذا الفرق مدارا لصحة القبض بالإذن بعد المجلس في الهبة وعدم صحة القبول بالأمر بعد المجلس في البيع . وخلاصة هذا بيان لية صحة القبض في الهبة بعد المجلس وعدم صحة القبول في البيع بعده ، وهذا لا يدفع القدح في قولهم إن القبض في الهبة بمنزلة القبول

الغير بدون الإذن غير صحيح . (ولنا) وهو وجه الاستحسان في الأول (أن القبض في الهبة بمنزلة القبول) في البيع (من حيث أن الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه) فيها كما يتوقف على القبول فيه ، فقوله في الهبة متعلق بقوله أن القبض لا يقوله القبول ،

(قوله فتعلق في الهبة متعلق بقوله إن القبض لا يقوله القبول) أقول : ولا أدري ما المانع من تعلقه بالقبول ، فإن التوقف لا يستلزم الإيجاب التام . قال العلامة الكاكي وصاحب الغاية : قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول : أي القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع وبه صرح في المبسوط وأشار إليه في الإيضاح انتهى . وليس فيما قاله ما يدل على عدم استقامة المنى إذا تعلق بالقبول .

والمقصود منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض ، بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق ، لأننا إنما أثبتنا التسليط فيه لإحاطة له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس ، فكذا ما يلحق به ، بخلاف ما إذا ناه عن القبض في المجلس لأن الدلالة لاتعمل في مقابلة الصريح .

في البيع بل يقرر ذلك كما لا يخفى . وأما ثانياً فلأنهم صرحوا بأن الحكم في البيع القاسد على هذا التفصيل المذكور في الهبة لافضاره أيضا إلى القبض كما ذكر في الكافي . وفي غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده : ولا يخفى أن الجواب المذكور لا يمتشى في تلك الصورة رأسا ، لأن الإيجاب في البيع الصحيح والإيجاب في البيع القاسد شيان في كونهما شطر العقد لإتمامه ، فلا يتم الفرق المزبور هناك . وأورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجهين آخرين حيث قال : فيه بحث ، فإنه لو صح ما ذكر لحاز القبول بعد المجلس بأمر الواهب ، وأيضا هذا الكلام مناقض لما تقدم من المصنف أنه عقد والعقد ينقضي بالإيجاب والقبول اهـ . أقول : كلا وجهي بجهة ساقط . أما الأول فلأن الملازمة في قوله لو صح ما ذكر لحاز القبول بعد المجلس بأمر الواهب مسلمة ، فأما بطلان التالى فمنوع إذ قد ذكرنا فيما مر أنفا أنه لو قال وهبتك هذا الشيء قبضه الموهوب له من غير قبول صح على ما نص عليه في التبيين ، وذكر في الذخيرة أيضا : فإذا صح عقد الهبة من غير قبول أصلا فلأن يصح بالقبول بعد المجلس بأمر الواهب أولى كما لا يخفى . وأما الثانى فلأننا قد قلنا عن البائع فيما مر أن ركن الهبة هو الإيجاب من الواهب ، وأما القبول من الموهوب له فليس يركن استحسانا والقياس أن يكون وكنا ، فدار الجواب المذكور على الاستحسان ومدار ما تقدم من المصنف على القياس فلا تناقض بينهما ، كيف وقد صرح المصنف نفسه في مسائل متفرقة من كتاب الإيمان بأن الهبة عقد تبرع قيم بالبرع ، ولهذا يقال وهب ولم يقبل ، والماعقل لا يتكلم بما يناقض كلام نفسه فوجه التوفيق حل أحدهما على القياس والآخر على الاستحسان (قوله والمقصود منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض) يعنى أن مقصود الواهب من عقد الهبة إثبات الملك الموهوب له ، وإذا كان كذلك فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض تحصيلاً لمقصوده فكان إذا دالة ، ونقض هذا بفصل البيع فإن مقصود البائع من إيجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري ، ثم إذا تم الإيجاب والقبول هناك والمبيع حاضر لا يجعل إيجاب البائع تسليطا على القبض ، حتى أن المشتري لو قبض المبيع بغير إذن البائع قبل نقد الثمن جاز للبائع أن يسرده ويحبسه حتى يأخذ الثمن . وأجيب بأننا لانسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير ، وثبوت الملك للمشتري ضمنى لا قصدى فلا معتبر به ، كذا في الشروح . أقول : لا يريد النقض المذكور رأسا ، إذ لو سلم أن مقصود البائع من إيجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري فكذلك المقصود يحصل بقبول المشتري من غير خوف على القبض ، فإن القبض ليس بشرط لثبوت الملك للمشتري فلا يقتضى بطلان إيجاب البائع تسليطا على القبض لحصول مقصوده بدون ذلك بخلاف فصل الهبة كما نقرر (قوله بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق) لأننا إنما أثبتنا التسليط فيه لإحاطة له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به (أقول : لقال أن يقول : إنما ألحق القبض في الهبة بالقبول

(والمقصود منه) أى مقصود الواهب من عقد الهبة (إثبات الملك) للموهوب له ، وإذا كان كذلك (فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض) تحصيلاً لمقصوده فكان إذا دالة (ولا كذلك القبض بعد الافتراق ، لأننا إنما أثبتنا التسليط فيه لإحاطة القبض بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما قام مقامه) فإن قيل : يلزم على هذا ما إذا نهى عن القبض فإن التسليط موجود ولم يجز له القبض . أجاب بقوله (بخلاف ما إذا ناه) يعنى صريحا (في المجلس لأن الدلالة لاتعمل في مقابلة الصريح) وفيه بحثان : الأول أنه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كالبائع . والثانى أن مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري ، ثم إذا تم الإيجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل إيجاب البائع تسليطا على القبض ، حتى لو قبضه المشتري بدون إذنه

(قوله وفيه بحثان : الأول أنه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كالبائع) أقول : فيه نوع ركازة .

قال (وتعتقد الهبة بقوله وهبت ونخلت وأعطيت) لأن الأول صريح فيه والثاني مستعمل فيه . قال عليه الصلاة والسلام وأكل أولادك نخلت مثل هذا ٤ وكذلك الثالث ، يقال : أعطاك الله وهبك الله بمعنى واحد (وكذا تعتقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحملان الهبة) أما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عنه يراد به تمليك العين ،

في البيع من حيث أن حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع كما تقرر فيما مر آنفاً لأم من جميع الحثيثيات ، ألا ترى أن القبض في الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك ، بخلاف القبول في البيع فإنه ركن داخل لا يمتنع بدونه ، وإذا كان كذلك فلا يلزم من أن يتقيد القبول بالمجلس أن يتقيد ما يلحق به من الحثيثية المذكورة بالمجلس أيضاً ، فإن تقيد القبول بالمجلس من أحكام كونه ركناً داخلًا في العقد ، ولهذا لا يصح القبول بعد المجلس بأمر البائع أيضاً فلا يتعدى إلى ما ليس بركن داخل في العقد وهو القبض ، وإن كان ملحقاً بالقبول من جهة كونه موقوفاً عليه لثبوت حكم العقد ، وإلا يلزم أن لا يصح القبض بعد المجلس بالإذن أيضاً فأملاً . والأولى في تقرير وجه الاستحسان في مثلثنا هذه ما ذكره شيخ الإسلام في ميسوطه ونقل عنه صاحب الغاية ، وهو أنه لا بد لبقاء الإيجاب على الصحة من القبض لأن القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبق الإيجاب صحيحاً ، وإذا كان من ضرورة بقاء الإيجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لاحتالة كان الإقدام على الإيجاب له إذا للموهوب له بالقبض اقتضاء كما في باب البيع جعلنا لإقدام البائع على الإيجاب إذا للمشتري بالقبول مقتضى بقاء الإيجاب على الصحة ، إلا أن ما لبث اقتضاء ثبت ضرورة ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترتفع بعبث الإذن في المجلس ، لأن الإيجاب يبقى صحيحاً متى قبض في المجلس فلا يعتبر ثابتاً فيما وراء المجلس ، بخلاف ما لو ثبت نصاً ، لأن الثابت نصاً ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس انتهى (قوله أما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عنه يراد به تمليك العين) قال صاحب غاية البيان : ولنا في تقرير صاحب الهداية نظر ،

جازه أن يستردده ويحبه للثمن . وأجيب عن الأول بأن الإيجاب من البائع شرط العقد ولا يتوقف على ما وراء المجلس ، وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه . وعن الثاني بأننا لانسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمنياً لا ممتنع به . قال (وتعتقد الهبة بقوله وهبت ونخلت الخ) هذا بيان الألفاظ التي تعتقد بها الهبة ، وقد تقدم لنا القول في قوله لأن الأول صريح فيه والثاني مستعمل فيه ، وكلامه واف بإفادة المطلوب سوى ألفاظ تذكرها (قوله أكل أولادك نخلت مثل هذا) روى النعمان بن بشير رضى الله عنهما قال : ونخلتي

(قوله وأجيب عن الأول بأن الإيجاب من البائع شرط العقد) أقول : ولهذا لو خلف لا يبيع ببيع ولا يقبل المشتري لا يثبت (قوله وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه) أقول : هكذا وقع في هذه النسخة موافقاً لما في سائر الشروح ، وفيه بحث ، فإنه لو صح ما ذكره لجاز القبول بعد المجلس بأمر الواهب ، وأيضاً هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف من أنه عقد والعقد ينمذ بالإيجاب والقبول ، وأما قصة الخلف فأمرها سهل لكون مبتاعاً على العرف ، ولعل الأولى أن يقال في الجواب : القبض بمنزلة القبول وليس به حقيقة ، فبالنظر إلى كونه بمنزلة يجوز القبض في المجلس بلا إذن الواهب ، وبالنظر إلى التنازع حقيقة صحح الأمر بالقبض بعد المجلس لإذنا لا نخطأ رتبته عن القبول فتأمل . ووقع في بعض النسخ وجد عقد تام فلا يرد عليه هذا البحث ، ثم يرد على ما في الشروح الآخر فتدبر (قوله وعن الثاني بأننا لانسلم أن مقصود البائع الخ) أقول : ولو سلم أن المقصود ذلك في القبول يتم المقصود ويحصل الملك للمشتري ولا يتوقف على القبض حتى يرد ما ذكره ، وأما حق الاسترداد فلكون المبيع قبل تعد الثمن كالمرحون . فإن قيل : حق الرجوع ثابت في الهبة أيضاً فلا يثنى ذلك كون الإيجاب تسليطاً . قلنا : ذلك في الهبة ليس بكل ، ألا يرى إلى موانع الرجوع في الهبة بخلاف البيع فتأمل (قوله وقد تقدم لنا القول الخ) أقول : في أوائل العارية قال المصنف (وأما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عنه يراد به تمليك العين) أقول : في الطويح قالوا : والتأبط أنه إذا ذكر للفعول الثاني فهو التملك ، وإلا فهو للإطاعة انتهى . ولعل المراد من الإضافة إلى ما يطعم عنه ما ذكره

وأما الرابع فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة ، يقال حمل الأمير فلانا على فرس ويراد به التملك فيحمل عليه عند نيته (ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة) لأنه يراد به التملك ، قال الله تعالى - أو كسوتهم - ويقال كسا الأمير فلانا ثوبا: أى ملكه منه (ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية) لما روينا من قبل .

ما إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى إلا بأشئال هذه الصور على لفظة عمرى دون ماسبق ، فلو كان مراده بقوله لما قلنا كون اللام في قوله لك لتمليك لاكون لفظة العمرى لإثبات الملك للمعمر له لكان ذكر هذه الصورة مستلزكا كما لا يخفى . فإن قلت : لو كان مراده ما ذكرته فقال لما روينا كما هو ذاب عند قصده الإشارة إلى السنة . قلت : كان الشارحين المزبورين اغترأ بذلك . ولكن يمكن الترجيح بحمل « ما » في قوله لما قلنا عبارة عن قول نفسه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام لا عن نفس الحديث ، وقد أشرنا إليه في تحرير مراده فيقصر (قوله وأما الرابع فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة ، يقال حمل الأمير فلانا على فرس ويراد به التملك فيحمل عليه عند نيته) يعنى أن الحمل تصرف في المنفعة فيكون عارية ، إلا أن يقول صاحب الدابة أردت الهبة لأن هذا اللفظ قد يذكر تملك العين ، فإذا نوى ما يحصله لفظه وفيه تشديد عليه عملت نيته . قال في الكفاية : فإن قيل : كيف يستقيم قوله أن حقيقة الإركاب وقد ذكر في العارية أن قوله حملك تملك العين . قلنا : حقيقة الإركاب نظرا إلى الوضع وهو تملك العين في العرف والاستعمال ، لكن الحقيقة ما صارت مهجورة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشترك انتهى . وذكر صاحب النائية فحوى ذلك بعبارة أخرى حيث قال : لا يقال هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله لأنيما تملك العين ، وعند عدم إرادته الهبة يحتمل على تملك المنافع مجازا لما أشرنا إليه هناك أن قوله لأنيما تملك العين : يعنى في العرف ، فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله هاهنا لأن الحمل هو الإركاب حقيقة: يعنى في اللغة ، فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي انتهى : أقول : بقی إشكال وهو أنه قد تفورق كتب الأصول أنه إذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفا ، فعند أبي حنيفة رحمه الله المعنى الحقيقي أولى والعمل به . وعندهما المعنى المجازي أولى والعمل به ، وأما إذا كانت الحقيقة مهجورة فالعمل بالمجاز اتفاقا ، إذا عرفت ذلك ففي ما نحن فيه لم يكن الحقيقة مهجورة كما صرحوا به ، فعمل مقتضى الأصل المذكور يلزم أن يكون العمل عند أبي حنيفة بما هو حقيقة بحسب الوضع وهو الإركاب ، وعندهما بما هو المستعمل فيه بحسب العرف وهو تملك العين ، فينبغي أن يحمل الحمل على العارية عند علم إرادة الهبة على أصل أبي حنيفة ، وأن يحمل على الهبة وإن لم ينوها على أصلهما ، مع أن وضع المسئلة في هذا الكتاب وسافر الكتب المتبعة على الأول من غير أن يذكر الخلاف في شيء منها فليتأمل . ثم إن قول صاحب الكفاية فكان هذا في معنى الاسم المشترك ليس بسديد ، لأن حكم المشترك التأمّل فيه حتى يترجح أحد معنييه أو معانيه بالأدلة أو الأمارات على ما تقرر في علم الأصول ، وفيما نحن فيه إن نوى الهبة يحمل عليها ، وإن لم ينوها يحمل على العارية من غير تأمل ولا توقف ، فأين هذا من ذلك (قوله ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) يعنى ما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام

حرف اللام للتمليك . وقوله (فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة) يعنى أنه تصرف في المنافع (فيكون عارية إلا أن يقول صاحب الدابة أردت الهبة ، لأن اللفظ قد يذكر تملك العين ، فإذا نوى محتمل لفظه فيما فيه تشديد عليه عملت نيته . لا يقال : هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله لأنيما تملك العين ، وعند علم إرادته الهبة يحتمل على تملك المنافع مجازا لما أشرنا إليه هناك أن قوله لأنيما تملك العين : يعنى في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله هاهنا لأن الحمل هو الإركاب حقيقة : يعنى في اللغة ، فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي (ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) يعنى ما تقدم

(قوله لأن الحمل هو الإركاب حقيقة: يعنى أنه تصرف) أقول: ضمير أنه راجع إلى الحمل (قوله لما أشرنا إليه الخ) أقول : جواب

(ولو قال دارى لك هبة سكتى أو سكتى هبة فهى عارية) لأن العارية محكم فى تملك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تملك العين فيحمل المختمل على المحكم ، وكلما إذا قال عمرى سكتى أو نخل سكتى أو سكتى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة لما قلناه (ولو قال هبة تسكتها فهى هبة) لأن قوله تسكتها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود ، بخلاف قوله هبة سكتى لأنه تفسير له . قال (ولا يجوز الهبة فيما يقسم إلا بحوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة) وقال الشافعى : يجوز فى الوجهين لأنه عقد تملك فيصح فى المشاع وغيره كالبيع بأنواعه ،

« المنحة مردودة » كذا فى الشروح . أقول : ها هنا كلام ، أما أولا فلأن التبادر من ذكر هذه المسئلة منفصلة عن مسئلة الحمل وعدم تقيدها بعدم إرادة الهبة ، أن يكون قوله منحتك هذه الجارية عارية وإن نوى بالمنحة الهبة ، وقد ذكر فى كتاب العارية أن قوله منحتك هذا الثوب وقوله حملتك على هذه الدابة عارية إذا لم يرد بهما الهبة . وقال فى التعليل : لأنهما تملك العين ، وعند عدم إرادة الهبة يحمل على تملك المنافع يجوز أن كلامه بين المقامين نوع تنافر . وأما ثانيا فلأن تعليل هذه المسئلة بما ذكره فى كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام « المنحة مردودة » منظور فيه ، إذ قد ذكر فى المحيط نقلا عن الأصل أنه إذا قال منحتك هذه النرام أو هذا الطعام فهو هبة ، ولو قال منحتك هذه الأرض أو هذه الجارية فهو عارية . وقال : فالأصل أن لفظة المنحة إذا أضيفت إلى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبة ، وإذا أضيفت إلى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو عارية انتهى . وهكذا ذكر فى عامة المختبرات ، وقوله عليه الصلاة والسلام « المنحة مردودة » لا يفرق بين الفصلين ، فتعليل الفصل الثانى به ينقض بالفصل الأول فتأمل فى التوجيه (قوله لأن قوله تسكتها مشورة وليس بتفسير) إذ الفعل لا يصلح تفسيراً للام ، كذا فى المبسوط والمحيط وعليه عامة الشراح . قال تاج الشريعة لأن قوله تسكتها فعل مخاطب فلا يصلح تفسيراً لقول المتكلم ، ونقله صاحب العناية بقل بعد أن ذكر مختار العامة . أقول : ليس هذا بصحيح ، لأن قوله تسكتها ليس بفعل مخاطب ، وإنما فعل مخاطب السكتى الذى دل عليه لفظ تسكتها ، والكلام فى عدم صلاحية هذا اللفظ

فى كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام « المنحة مردودة » . وقوله (ولو قال دارى لك هبة سكتى أو سكتى هبة) إنما هو ينصب هبة فى الموضعين إما على الحال أو التمييز لما فى قوله دارى لك من الإيهام . وقوله (لأن العارية محكم فى تملك المنافع) كان الواجب أن يقول : لأن سكتى محكم فى تملك المنافع إذ هو المذكور فى كلامه ، ويجوز أن يقال : سكتى لا يحتمل إلا العارية فغير عنه بالبارية (ولو قال هبة تسكتها فهى هبة لأن قوله تسكتها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود) أنه ملكه الدار عمره ليسكتها وهو معلوم ، وإن لم يذكره فلا يتغير به حكم التملك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه ، فإن شاء قبل مشورته وفعل ما قال ، وإن شاء لم يقبل (بخلاف قوله هبة سكتى لأنه تفسير له) والفرق بينهما أن قوله سكتى اسم فجاز أن يقع تفسير الاسم آخر بخلاف قوله تسكتها لكونه فعلا ، وقيل لأن قوله تسكتها فعل مخاطب فلا يصلح تفسيراً لقول المتكلم . قال (ولا يجوز الهبة فيما يقسم إلا بحوزة مقسومة الخ) الموهوب إما أن يحتمل القسمة أو لا . وضابط ذلك أن كل شئ يضره التبعض فيوجب قصصا فى ماليتها لا يحتمل القسمة وما لا يوجب ذلك فهو يحتملها ، فالثانى كالعبد والحيوان والبيت الصغير ، والأول كالدار والبيت الكبير ، ولا يجوز الهبة فيما يقسم إلا بحوزة مقسومة ، والأول احترازا

لقوله لا يقال هنا ينتقض ما تقدم الخ (قوله والفرق بينهما أن قوله سكتى اسم فجاز أن يقع تفسير الاسم آخر ، بخلاف قوله تسكتها لكونه فعلا) أقول : لا يقال له نظائر كثيرة من جعلها مل أدلكم على تجارة وتنجيكم من حذاب أليم . تؤمنون بالله - الآية ، لأنه تبين لا تفسير بينهما فرق (قوله وقيل لأن قوله تسكتها فعل مخاطب فلا يصلح تفسيراً لقول المتكلم) أقول : وفيه بحث ومخالفة لما سبق من المصنف فى كتاب الفسارفة (قوله إما أن يحتمل القسمة أولا ، إلى قوله : فالثانى كالبد والصغير والأول كالدار الخ) أقول : قوله فالثانى فاطر إلى قوله أولا ، والأول فاطر إلى قوله إما أن يحتمل القسمة .

وهذا لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له ، وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والرصبة : ولنا أن القبض منصوب على الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله إلا بضم غيره إليه وذلك غير موهوب ،

لتفسير ، قيل يقول المائل إن لفظ التكلم فعل مخاطب (قوله وهذا لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له ، وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والرصبة) قال صاحب النائية في حل هذا الكلام : وهذا : أى جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه : أى حكم عقد الهبة وهو الملك كما في البيع والإرث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلا له ، لأن الخلية عين القابلة أو لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من أهله مضافا إلى محله ، ولا مانع ثمة فكان جائزا . فإن قيل : لانسلم انتفاء المانع فإنه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشيوع مبطلا ؟ أجاب بقوله وكونه تبرعا : يعنى لم يعهد ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والرصبة بأن دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشركته وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فإن ذلك صحيح ، فدل على أن الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا انتهى كلامه . أقول : بتسفس الشارح المذكور في بيانه هذا من وجوه : الأول أنه جعل لفظ هذا في قول المصنف ، وهذا لأن المشاع إشارة إلى جواز عقد الهبة فيقتضى هذا أن يكون قول المصنف وهذا لأن المشاع الخ دليلا على أصل مدعى الشافعى وهو قوله تجوز في الوجهين فيكون دليلا ثانيا عليه ، فكان ينبغي أن يقول المصنف : ولأن المشاع بدل قوله وهذا لأن المشاع . والثاني أنه ارتكب تقدير مقدمات حيث قال : فكان العقد صادرا من أهله مضافا إلى محله ، ولا مانع ثمة فكان جائزا ، والباعث عليه جعله لفظ هذا إشارة إلى

إذا وهب التبرع على التخييل دون التخييل أو الزرع في الأرض دونها ، فإن الموهوب ليس بمحوز : أى ليس بمقبوض ، والثاني عن المشاع . فإنه إذا جاز قبض التبرع الموهوب على التخييل ولكن ذلك التبرع مشترك بينه وبين غيره لا يجوز أيضا لأنه غير مقسوم ، ومعنى قوله لا يجوز لا يثبت الملك فيه إلا حمزة مقسومة ، لأن الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جائزة ولكن غير مثبتة الملك قبل تسليمه مفرزا ، فإنه إذا وهب مشاعا فيما يقسم ثم أفرزه وسلم صحت ووقعت مثبتة للملك ، فلم يهمل أن هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة في نفسها ، ولكن توقف إثباتها للملك على الإفراز والتسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه على الإفراز والتسليم لا يوصف بعدم إلجواز كالباع بشرط اختيار هبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ، ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة جائزة ، لأن المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهرا ، وهبة النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم جائزة ، وذلك ليس على ما ينبغي وتصحيحه بما ذكر . وقال الشافعى : هبة المشاع جائزة في الوجهين جميعا معناه مثبتة للملك الموهوب له ، لأنه عقد تمليك وهو ظاهر ، وعقد التمليك يصح في المشاع وغيره كالباع بأنواعه : يعنى الصحيح والقاسم والعرف والسلم ، فإن الشيوع لا يمنع تمام القبض في هذه العقود بالإجماع ، فلذا باع وخطى بينه وبين المشتري خرج عن ضمان البائع ودخل في ضمان المشتري وملكه المشتري ، وإن كان البيع فاسدا وانخرج عن ضمان البائع والدخول في ضمان المشتري مبنى على القبض وكذا يصلح المشاع أن يكون رأس مال السلم وبدل الصرف ، والقبض شرط فيها ، وهذا : أى جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه : أى حكم عقد الهبة وهو الملك كما في البيع والإرث ، وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلا له ، لأن الخلية عين القابلة أو لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من أهله مضافا إلى محله ، ولا مانع ثمة فكان جائزا . فإن قيل : لانسلم انتفاء المانع فإنه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشيوع مبطلا . أجاب بقوله وكونه تبرعا : يعنى لم يعهد ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والرصبة بأن دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشركته وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فإن ذلك صحيح ، فدل على أن الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا . ولنا أن القبض في الهبة منصوب على ما رويتنا

(قوله وتصحيحه بما ذكر) أقول : أراد به قوله ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة الخ ، ويجوز أن يكون المراد ما لا يقسم شرعا (قال المصنف : لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك) أقول : فإن قيل : نحن لا ننزع في كون المشاع محلا للعقد فلاساس لهذا الكلام هنا . قلنا يظهر توجيهه بأدنى تأمل (قوله وبأن أوصى لرجلين بألف درهم) أقول : مسطوف على قوله بأن دفع ألف درهم .

ولأن في تجويزه إلزامه شيئا لم يلزمه وهو مؤنة القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم ، بخلاف مالا يقسم لأن القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ، ولأنه لا يلزمه مؤنة القسمة .

جوازه . والثالث أنه حمل قول المصنف وكونه تبرعا الخ على الجواب عن سؤال يرد بطريق المنع على مقدمة من المقدمات التي قدرها وهي قوله ولا مانع ثمة . والحق عندي أن مقصود المصنف من قوله وهذا لأن الشارع الخ إثبات كبرى الدليل السابق وهي قوله فيصح في المشاع لا لإثبات أصل المدعى ، ولفظ هذا إشارة إلى مضمون هاتيك الكبرى ، فالمنع وهذا : أي صحته في المشاع أو كونه صحيحا في المشاع ، لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له ، فلا يلزم حينئذ الوجهان الأولان من وجوه التصف اللازمة لتقرير صاحب العناية . أما الأول منهما فظاهر جدا . وأما الثاني فمسلوك الاحتياج حينئذ إلى ما قدره من المقدمات الزائدة كما يظهر بأدنى التأمل الصادق . ثم إن قوله وكونه تبرعا لا يطله الشيوع جواب عن سؤال يرد على الدليل المذكور بطريق المعارضة ، وهو أن يقال إن عقد الهبة عقد تبرع ، فلو قلنا بجوازه في المشاع لزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة والواهب لم يتبرع به فيكون إلزاما عليه ما لم يلزمه وهو باطل فقال : كونه عقد تبرع لا يمنعه الشيوع كالقرض والوصية : يعني أن الشيوع في القرض والوصية ، كما لا يمنع كونهما عقد تبرع كذلك لا يمنع في الهبة فلا يلزم حينئذ الوجه الثالث أيضا من وجوه التصف اللازمة لتقرير صاحب العناية ، وهو حل الكلام المذكور على الجواب عما يرد على مقدمة غير مذكورة كما عرفت فتبصر (قوله ولأن في تجويزه إلزامه شيئا لم يلزمه وهو مؤنة القسمة) يعني أن في تجويز عقد الهبة في المشاع إلزام الواهب شيئا لم يلزمه وهو مؤنة القسمة ، وذلك لا يجوز لزيادة الضرر . فإن قيل : هذا ضرر مرضى لأن إقدامه على هبة المشاع يدل على إلزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر ما لم يكن مرضيا . أجيب بأن المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها ، وكذا في العناية أخذنا من شرح تاج الشريعة وتبعهما الشارح العيني . أقول : في الجواب بحث لأنه إذا لم يكن الملك المشاع قسمة ولا مستلزما لها لم يتم نفس هذا الدليل : أعنى قوله ولأن في تجويزه إلزامه شيئا لم يلزمه وهو القسمة : لأن الذي يستلزمه تجويز هبة الشيء إنما هو إلزام واهبه حكم الهبة وهو ثبوت الملك للموهوب له وشيئا يستلزمه حكمها ، وأما ما ليس بحكم الهبة ولا شيئا من لوازم حكمها فلا يستلزمه تجويز الهبة في شيء ، فإذا لم تكن القسمة نفس حكم الهبة ولا شيئا يستلزمه حكمها فأين يلزم من تجويز هبة المشاع إلزام الواهب مؤنة القسمة حتى يلزم إلزامه ما لم يلزمه . لا يقال : الذي لا يستلزم القسمة هو الملك المشاع وهو الذي ذكره في الجواب وما هو حكم الهبة هو الملك المقرض وهو يستلزم القسمة ؟ لأننا نقول : لانسلم أن حكم الهبة مطلقا هو الملك المقرض بل حكمها هو الملك مطلقا ، ألا ترى أن هبة المشاع الذي لا يحتمل القسمة جائزة بالاتفاق وحكمها ثابت قطعا ، مع أن حكمها هناك ليس الملك المقرض بل ريب بل هو الملك المشاع . ولو سلم أن حكمها مطلقا هو الملك المقرض لم يصح قول المجيب إن المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها ، لأن من أقدم على الهبة يرضى بحكمها قطعا ، فلو كان حكمها مطلقا هو الملك المقرض تعين الرضا منه بما يستلزم

من قوله عليه الصلاة والسلام « لا تصح الهبة إلا مقبوضة » والمنصوص عليه بشرط كماله لأن التصبص عليه يدل على الاعتناء بوجوده ، وقبض المشاع ناقص لأنه لا يقبله إلا بضم غيره إليه : أي بضم غير الموهوب إلى الموهوب أو بالعكس ، فإن كلامه يحتملها والغير غير موهوب وغير ممتاز عن الموهوب ، فكل جزء فرضته يشتمل على ما يجب قبضه وما لا يجوز قبضه فكان مقبوضا من وجه دون وجه وفيه شبهة العلم النافية للاعتناء بشأته ، ولأن في تجويزه إلزام الواهب شيئا لم يلزمه وهو مؤنة القسمة وتجويز ذلك لا يجوز لزيادة الضرر . فإن قيل هذا ضرر مرضى ، لأن إقدامه على هبة المشاع يدل على إلزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر ما لم يكن مرضيا . أجيب بأن المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس (قوله أجيب بأن المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع ، إل قوله : وهو لا يتحقق بقون مؤنة القسمة) .

والمهاياة تلزمه فيها لم يتبرع به وهو المنفعة ، والمهية لاقت العين ، والوصية ليس من شرطها القبض ، وكذا البيع الصحيح ، وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ، ولأنها عقود ضمان فتتاسب لزوم مؤنة القسمة ، والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه ، فشرطنا القبض القاصر فيه دون القسمة عملا بالشبهين ، على أن القبض غير منصوص عليه فيه .

القسمة وهو الملك المفروز . هذا واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال : فيه بحث ، فإنه يعلم أنه إذا طلب شريكه القسمة لا ينفذه إياؤه ، على أن له أن يرجع عن هبته ولا تلزمه المؤنة فليتأمل اه . أقول : كل واحد من أصل بحثه وعلاوته ساقط . أما الأول فلائنه وإن علم أنه إذا طلب شريكه القسمة لا ينفذه إياؤه إلا إن طلب شريكه إياها غير متعين بل محتمل ، والإقدام على العقد إنما يقتضى الرضا بما هو من ضروريات ذلك العقد ولو ازمه لا بما هو من محتملات ذلك : وأما الثاني فلائنه في رجوعه عن هبته ضرر آخر له وهو حرمانه عن ثواب المهية فلازم أن يتوقف دفع ضرر مؤنة القسمة عن نفسه على ارتكاب ضرر آخر لنفسه ، فكان في تجويز هبة المشاع إلزام الواهب أحد الضررين وذلك لا يجوز ، وأيضا هل يجوز العاقل أن يكون بناء جواز هبة المتاع على جواز الرجوع عنها وليس هذا بمنزلة بناء تحقق الشيء على انقضائه ، على أنه ليس له الرجوع عن هبته في كثير من المواد وهي التي تحقق فيها الموانع عن الرجوع كما سيأتي في الكتاب فيلزم المحذور في مثل ذلك . ثم أقول : بئى شيء في أصل هذا التعليل ، وهو أن الواهب المشاع إما أن يرضى بالقسمة أو يمتنع عنها ، فإن رضى بها كان ملتزما بإياها فلم يكن في إلزامه مؤنة القسمة إلزامه مالم يلزمه ، وإن امتنع عنها لم يلزمه مؤنة القسمة عند أبي حنيفة لأن مؤنة القسمة على الطالب دون المتنتع عنه على ما يجيء في كتاب القسمة فلم يتم هذا التعليل على قوله (قوله والمهاياة تلزمه فيها لم يتبرع به وهو المنفعة والمهية لاقت العين) هذا جواب عن سؤال مقرر تقديره أنه إن لم تلزمه فيها لا يقسم مؤنة القسمة فقد لزمتها المهاياة ، وفي إيجابها

بقسمة ولا يستلزمها ، ولهذا : أى ولأن في تجويز هذا العقد إلزام مالم يلزم امتنع جوارزه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم وهو لا يثبت بدون مؤنة القسمة ، بخلاف ما لا يقسم لأن الممكن فيه هو القبض القاصر فيكتفى به ضرورة ، ولأنه لا يلزمه مؤنة القسمة . فإن قيل : لزمه المهاياة ، وفي إيجابها إلزام مالم يلزم بالعقدة ، ومع ذلك العقد جائز فلتكن مؤنة القسمة كذلك . أجاب بقوله والمهاياة تلزمه فيها لم يتبرع به وهو المنفعة والمتبرع به هو العين . ولقاتل أن يقول : إن إلزام مالم يلزم الواهب بعقد المهية إن كان مانعا من جوارها فقد وجد ، وإن خصصه بعوده إلى ما تبرع به كان تحكما . والجواب بتخصيصه بذلك . ويدفع التحكم بأن في صرده إلى ذلك إلزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة بإخراجها عن ملكه ، وليس في غيره ذلك لأن المهاياة لا يحتاج إليها ، ولا يلزم ما إذا ألتف الواهب الموهوب بعد التسليم فإنه يتضمن قيمته للموهوب له ، وفي ذلك إلزام زيادة عين على ما تبرع به لأن ذلك بالإتلاف لا بعقد التبرع (قوله والوصية) جواب عن قوله كالقرض والوصية ، وتقريره أن الشريعة مانع فيها يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك ، وكذلك البيع الصحيح ، وأما البيع الفاسد والصرف والسلم وإن كان القبض فيها شرطا للملك لكنه غير منصوص عليه فيها . فإن قيل : القبض في الصرف منصوص عليه فلا يصح نفيه . أجيب بأن كلامنا فيها يكون القبض منصوصا عليه لثبوت الملك ابتداء وفي الصرف لبقائه في ملكه فليس

أقول : وفيه بحث ، فإنه يعلم أنه إذا طلب شريكه القسمة لا ينفذه إياؤه ، على أن له أن يرجع عن هبته ولا تلزمه المؤنة فليتأمل (قوله فإن قيل : لزمه المهاياة وفي إيجابها إلزام مالم يلزم) أقول : ممنوع ، فإن الإهتمام على عقد المهية إلزام (قوله والجواب بتخصيصه بذلك الخ) أقول : أشار بقوله بذلك إلى قوله بعوده الخ (قوله لأن ذلك بالإتلاف) أقول : يعني ليس ذلك حكم العقد ، بخلاف القسمة فلها من أحكام الملك الذي هو حكم العقد (قوله فإن قيل : القبض في الصرف منصوص عليه الخ) أقول : فيه أننا لا نسلم كون القبض منصوصا عليه في الصرف ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام « يدا يند عينا بين » ولزوم القبض لفروقة التحين على ما حققه المحقق في باب الربا (قوله وفي الصرف لبقائه في ملكه) أقول فيه : بحث .

ولو وهب من شريكه لا يجوز لأن الحكم يدار على نفس الشيوع . قال (ومن وهب شئفا مشاعا فالحبة فاسدة) لما ذكرنا (فإن قسمه وسلمه جاز) لأن تمامه بالقبض وعنده لا شيوع . قال (ولو وهب دقيقا في حنطة أو دهنًا في صميم فالحبة فاسدة ، فإن طحن وسلم لم يجز) وكذا السن في اللبن لأن الموهوب معلوم، ولهذا لو استخرجه الغاصب بملكه، والمعلوم ليس بمحل للملك فوق العقد باطلا ، فلا يتعد إلا بالتجديد ، بخلاف ما تقدم لأن المشاع محل للتملك ،

إلزام ما لم يلزم مع ذلك العقد جائز فلتكن مائة القسمة فيا يقسم كذلك . فأجاب بأن المهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة، لأن المهايأة قسمة المنفعة والمهبة التي هي عقد التبرع إنما لاقت العين ولا إلزام فيها لا يقسم فلم يكن ذلك ضمانا في عين ماتبرع به بخلاف مائة القسمة فيا يقسم ، هذا خلاصة ما في جملة الشروح والكافي هاهنا . وقال صاحب العناية بعد ذلك : ولقاتل أن يقول : إلزام ما لم يلزم الواهب بقصد الهبة إن كان مانعا عن جوازها فقد وجد ، وإن خصصم بعوده إلى ماتبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه بذلك . ويدفع التحكم بأن في عوده إلى ذلك إلزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة بإخراجها عن ملكه ، وليس في غيره ذلك لأن المهايأة لا يحتاج إليها كلامه . أقول : لا يرى في الجواب الذي ذكره كثير طائل في دفع سؤال سائل ، لأن حاصله أن في عوده إلى ما تبرع به إلزامه بإخراج عين هي أجرة القسمة عن ملكه ، وليس ذلك في المهايأة ، فقاتل أن يقول : إن لم يكن في المهايأة إلزام بإخراج عين عن ملكه ففيه إلزامه إزالة تقع في زمان معين عن تصرفه وكون الأول أكثر ضررا من الثاني مطلقا غير مسلم ، فكيف من منفعة كثيفة دار ونحوها تكون أعز وأشرف من مقدار عين يصير أجرة قسمته فتكون إزالتهما عن الانتفاع بها أشق على الإنسان وأكبر ضررا له من إخراج مقدار عين يصير أجرة قسمته عن ملكه

كما نحن فيه ، ولأنها عقود ضمان فيناسب لزوم مائة القسمة بخلاف الهبة . فإن قيل : إذا كانت من الشريك لم تلزم القسمة ، وما جازت فإلحوا بسيأتي ، والقرض تبرع من وجه دليل أنه لا يصح من الصبي والعبد ، وعقد ضمان من وجه فإن المقرض مضمون بالمثل ، فله شبهة بالتبرع شرطا القبض فيه ، ولشبهه بقصد الضمان لم تشترط فيه القسمة عملا بالشيين ، على أن القبض فيه ليس منصوبا عليه فيراعى على الكمال (ولو وهب من شريك لم يجز) وإن لم يلزم فيه مائة القسمة (لأن الحكم يدار على نفس الشيوع) فإنه مانع عن كمال القبض فيا يجب القبض فيه على الكمال ، فكانه إشارة إلى الوجه الأول ، وعلى ذلك قيل الوجه الثاني غير متمش في جميع الصور ولا يكون صحيحا ، وهو غلط لأنه حلة النوعية لإثبات نوع الحكم ، وذلك لا يستلزم الاطراد في كل شخص (ومن وهب شئفا مشاعا فالحبة فاسدة) أي لا يثبت الملك على ما تقدم من توجيه قوله ولا يجوز الهبة فيا يقسم إلا محوذة ، وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى ما ذكر من الوجهين فكانت معلومة من ذلك ، لكن أعادها تهيئدا لقوله (فإن قسمه وسلمه جاز لأن تمامه بالقبض وعنده لا شيوع) وبه تبين أن المانع من الشيوع ما كان عند القبض ، حتى لو وهب لصف داره لرجل ولم يسلم حتى وجب له النصف الباقي وسلمها جملة جازت . قال (ولو وهب دقيقا في حنطة الخ) بئى كلامه هاهنا على أن المحل إذا كان معلوما حالة العقد لم يتعد إلا بالتجديد ، بخلاف ما إذا كان مشاعا فإنه بعد الإفراز لا يحتاج إلى التجديد ، وذلك واضح لصلاحية المشاع للمحلية دون المعلوم ، وهذا مما يرشدك أن مراد المصنف بقوله لا يجوز هبة المشاع وقوله فالحبة فاسدة ، وقوله لأن امتناع الجواز للاتصال هو عدم إفادة ثبوت الملك ، فلا يترحم أنه اختار قول من ذهب إلى عدم الجواز لأنه لو كان غير جائز لاحتاج إلى تجديده العقد عند الإفراز كما في المعلوم ، وإنما جعل الرهن في السهم والدقيق والحنطة معلوما لأنه ليس بوجود بالفعل ، وإنما يحدث بالعصر والطحن ، ولا يعتبر بكونه موجودا بالقوة لأن

(قال المصنف : ولو وهب من شريكه لا يجوز) أقول : قال الرافعي في شرح البزيرج : الشائع يجوز هبة كما يجوز بيمه ، ولا فرق بين المتقسم وغير المتقسم ، ولابن أن يجب من الشريك أو غيره ، وبه قال مالك وأحمد ، وعنه أبي حنيفة لا تصح هبة المتقسم من غير الشريك ، ويالغ فقال : لو وهب الشيء للمتقسم من اثنين لم يصح أيضا .

وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والتخل في الأرض والتمر في التخليل بمنزلة المشاع ، لأن امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع . قال (وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يحدد فيها قبضا) لأن العين في قبضه والقبض هو الشرط ، بخلاف ما إذا باعه منه لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة ، أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه .

وأما الزيادة على العين الموهوبة فتحقق في صورتين مما ، غير أن الزائد عليها في إحداها العين وفي الأخرى المنفعة . والأظهر في الجواب عندى أن يقال : تخصيص ذلك بما إذا عاد إلى ماتبوع به ، ولا يلزم التحكم لأن المخلور في إلزامه ما لم يلزمه فيها إذا عاد إلى ماتبوع به لزوم المناقاة ، فإن التبرع ضد الزوم فهما لا يجتمعان في محل واحد ، وفيما إذا لم يعد إلى ماتبوع به لا يلزم المناقاة ، فإن الهبابة لاقت المنفعة والهبة لاقت العين ، فلم يصادف الإلزام والتبرع إذ ذاك محلا واحدا فلا محذور فيه . ثم إن صاحب غاية البيان بعد أن بين مراد المصنف على المنهج المزيور قال : والجواب الصحيح أن يقال هبة المشاع فيها لا يحتمل القسمة لما لم يلزم منها ضمان القسمة على الواهب صحت . وقولهم يؤدي ذلك إلى إلزام التهايب فتقول : لانسلم لأن التهايب ليس بواجب لأن فيه إغارة كل واحد منهما نصيبه من صاحبه والإغارة لا تكون واجبة اه كلامه . أقول : لعل هذا الجواب ليس بصحيح لأن التهايب يجب ويجرى فيه جبر القاضى إذا طلبه أحد الشركاء سببا فيها لا يقسم نص عليه في عامة الكتب ، وسيأتي بيان ذلك في فصل الهبابة من كتاب القسمة ، وما ذكره بقوله لأن فيه إغارة كل واحد منهما نصيبه الخ وجه القياس ، وقد صرحوا بأن القياس يأباه ، ولكننا تركنا القياس بقوله تعالى - لما شرب ولكم شرب يوم معلوم - وهو الهبابة بعينها وللحاجة إليه إذ يتصلر الاجتماع على الانشاع فأشبهه القسمة ، فقولهم في هبة المشاع فيها لا يحتمل القسمة يؤدي ذلك إلى إلزام التهايب بما لا يقبل المنع أصلا (قوله وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يحدد فيها قبضا إلى قوله : أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه) والأصل في ذلك أن تجانس القبضين يميز نيابة أحدهما عن الآخر وتغايرها يميز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس ، فإذا كان الشيء وديعة في يد شخص أو عارية فوهبه إياه لا يحتاج إلى تجديده قبض ، لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ، ولو كان بيده منصوبا أو يبيع فاسد فوهبه إياه لم يمتنع إلى تجديده ، لأن الأول أقوى فينوب عن الضعيف ، ولو كانت وديعة فباعه منه فإنه يحتاج إليه لأن قبض الأمانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان ، كذا في العناية وغيرها . أقول : يرد على ظاهر قوله أو يبيع فاسد فوهبه إياه أن البيع الفاسد يفيد الملك للمشتري عند اتصال القبض كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع ، وأشار إليه المصنف فيما سيأتي بهذا أسطر بقوله أو في ملك غيره في قوله لأنه في يد غيره أو في ملك غيره على ما صرح به الشراح قاطبة هناك فكيف يتصور هبة المقبوض ببيع فاسد وهو ملك الغير حتى يصح قوله فوهبه إياه بعد قوله يبيع فاسد . فالجواب أنه قد مر أيضا في باب البيع الفاسد أن لكل واحد من المتعاقدين بالبيع الفاسد فسقه

حامة الممكنات كذلك ولا تنسب موجودة . وإذا كان العين في يد الموهوب له لا يحتاج إلى قبض جديد لانشاء المانع وهو عدم القبض ، فإذا وجد القبض أمانة جاز أن ينوب عن قبض الهبة ، بخلاف ما إذا باعه منه لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة ، والأصل في ذلك أن تجانس القبضين يميز نيابة أحدهما عن الآخر ، وتغايرها يميز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس ، فإذا كان الشيء وديعة في يد شخص أو عارية فوهبه إياه لا يحتاج إلى تجديده قبض ، لأن كلا القبضين ليس

التي . في قوله وعند أبي حنيفة الخ بحث لا يثنى (قال المصنف : وهبة اللبن في الضرع) أقول : قال صاحب التمهيل : أقول في البيوع إن النوى في التمر لا يجوز بيعه وإن أخرجه وسلمه إلا أن يحدد بيما جديدا للشك في وجوده ، واللبن في الضرع كذلك فينبغي أن لا تصح هبة وإن سلم كيمه التي . قال الملوك الشهير بنشر شاه رحمه الله تعالى : والفرق ظاهر ، إذ الوجود بالفعل كاف في الهبة وإن لم يتبين به ، بخلاف البيع لأنه عقد معاوضة والهبة عقد تبرع ، ويشترط في انعقاد البيع القدرة على التسليم دون الهبة ، والتعريض بهذا واضح (قوله لا يحتاج إلى قبض) أقول : كناية عن الملك (قوله لانشاء المانع) أقول : ووجود المقتضى وهو ظاهر ، لكن يثنى هنا بحث ، والأظهر أن يقال :

قال (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) لأنه في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه ، لأن يده كيده ، بخلاف ما إذا كان مروهنا أو مغضوبا أو مبيعا يباعا فاسدا ، لأنه في يد غيره أو في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة ، وكذا إذا وهبت له أمه وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له ، وكذلك كل من يعوله .

قبل القبض وبعده رفعا للقساد ، فالمراد بقوله فوهبه إياه فوهبه في البيع القاسد بعد أن فسخ العقد فحينئذ ينتقل الملك إلى البائع فتصح هبته إياه ، بل لا يبعد أن يجعل نفس الهبة فسحا للبيع القاسد اقتضاء ، وقصد بعض الفضلاء توجيه هذا المثل بوجه آخر فقيد قول صاحب العناية أو يبيع فاسد بقوله بلا إذن البائع وقال : فلا يرد أن المقبوض في البيع القاسد يكون ملكا للقابض على ما سيجيء بعد أسطر فكيف تصح هبته . أقول : لا ينبغي على ذي فطنة أنه لا يحصل لما ذكره ، إذ لا يتصور بيع فاسد بلا إذن البائع ، لأن البيع مطلقا لا ينعقد إلا بإيجاب وقبول ، والإيجاب هو الإذن من البائع . لا يقال : يحمل أن يكون مراده بالبائع في قوله بلا إذن البائع هو المالك فيجوز أن يبيع فضولى مال أحد بشرط إذن ماله يباعا فاسدا ويقبضه المشتري . لأننا نقول : فإن أذن له المالك في ذلك يكون البيع بإذن البائع : أي المالك ، وإن لم يأذن له فيه لا ينفذ البيع أصلا ، فتكون يد القابض يد الغصب أو يد الأمانة لا يد القبض بالبيع القاسد والكلام فيه تدبر (قوله وكذلك كل من يعوله) أي قبض الهبة لأجل التيم يصح من كل من يعوله نحو الأخ والعلم والأجنبي ، كذا في الشروح . قال صاحب التباية ومن يحلو حلوه بعد هذا البيان : أطلق في الكتاب جواز قبض هؤلاء ، ولكن ذكر في الإيضاح وتخصر الكرخي أن ولاية القبض هؤلاء إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهم الأب ووصيه والجد أبو الأب بعد الأب ووصيه ، فأما مع وجود واحد منهم فلا ، سواء كان الصبي في عيال القابض

قبض ضمان فكانا متجانسين ، ولو كان يده مغضوبا أو يبيع فاسد فوهبه إياه لم يحتج إلى تجديده ، لأن الأول أقوى فينوب عن الضعيف ، ولو كانت ودية فباعه منه فإنه يحتاج إليه لأن قبض الأمانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان ، ومعنى تجديد القبض أن ينهى إلى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) والقبض فيه بإعلام ما وهبه له ، وليس الإشهاد بشرط إلا أن فيه احتياطا للتحرز عن جود الورثة بعد موته أو وجوده بعد إدراك الولد (لأنه) أي لأن الموهوب (في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة) ويد مودعه كيده (بخلاف ما إذا كان مروهنا أو مغضوبا أو مبيعا يباعا فاسدا ، لأنه في يد غيره) يعني في الأولين (أو في ملك غيره) يعني في الأخير (والصدقة في هذا كالهبة ، وكذا إذا وهبت الأم لولدها الصغير وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له) وقيد بقوله وهو في عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية ، وقيد بموت الأب وعلم الوصي لأن عند وجودهما ليس لها ولاية القبض (وكذا كل من يعوله) نحو الأخ والعلم والأجنبي جاز له قبض الهبة لأجل التيم . قيل : أطلق جواز قبض هؤلاء ، ولكن ذكر في الإيضاح وتخصر الكرخي أن ولاية القبض هؤلاء إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهو الأب ووصيه والجد أبو الأب بعد الأب ووصيه ، فأما مع وجود واحد منهم فلا ، سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن ، وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبيا لأنه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله ، فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له ، فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ ، ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع ، فقيام هذا القدر يطلق حق القبض للهبة لكونه من باب المنفعة ، وأرى أنه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقيد ، وذلك لأنه قال : وكذلك كل من يعوله ، وهو معطوف على قوله وكذلك إذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والأب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف أيضا ، لكنه اقتصر

لوجود القدر وهو القبض (قوله لو يبيع فاسد) أقول : بلا إذن البائع ، فلا يرد أن المقبوض في البيع القاسد يكون ملكا للقابض على ما سيجيء بعد أسطر فكيف تصح هبة (قوله قيل أطلق) أقول : التناول هو صاحب التباية .

(وإن وهب له أجنبي هبة تحت قبض الأب) لأنه يملك عليه الدائر بين النافع والضائر فأولى أن يملك المنافع . قال (وإذا وهب لليتيم هبة قبضها له وليه وهو وصي الأب أو جد اليتيم أو وصيه جاز) لأن هؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الأب (وإن كان في جبرأه قبضها له جائز) لأن لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله ، وهذا من بابه لأنه لا يلبق إلا بالمال فلا بد من ولاية التصصيل (وكذا إذا كان في حجر أجنبي يربيه) لأن له عليه يدا معتبرة . ألا ترى أنه لا يمكن أجنبي آخر أن ينزع من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه (وإن قبض الصبي الهبة بنفسه جاز) معناه إذا كان عاقلا لأنه نافع في حقه وهو من أهله ، وفيها وهب للصغيرة يجوز

أو لم يكن ، وسواء كان ذا رحم محر منه أو أجنبيا ، لأنه ليس هؤلاء ولاية التصرف في ماله ، فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له ، فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله للثبوت نوع ولاية له حيثن ؛ ألا ترى أنه يرد به ويسلمه في الصانع ، قيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة اه . وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقيل : وأرى أنه لم يلق ، ولكنه اقتصر في التقييد وذلك لأنه قال : وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك إذا وهبت له أمه وهو مفيد بقوله والأب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف أيضا ، لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام ووصيه كوصي الأب اه كلامه . أقول : ليس هذا بتوجيه صحيح ، إذ قد تقرر في كتب العربية : أن القيد إذا كان مقدما على المعطوف عليه فالظاهر تقييد المعطوف به كقولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيدا وليس ذلك بقطعي ولكنه السابق إلى الفهم في الخطائيات ، وأما إذا كان مؤثرا عن المعطوف عليه فلا يفهم منه تقييد المعطوف به أيضا أصلا ، وقيد المعطوف عليه فيما نحن فيه مؤثرا فلا يدل على تقييد المعطوف به في شيء فيصير محل

على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام ، ووصيه كوصي الأب (وإن وهب للصغير أجنبي هبة تحت قبض الأب لأنه يملك) الأمر (الدائر بين الضر والنفع فالنفع المقتضى أولى بذلك) قال (وإذا وهب لليتيم هبة النخ) إذا وهب لليتيم مال فالقبض إلى من له التصرف في ماله وهو وصي الأب أو جد اليتيم أو وصيه ، لأن هؤلاء ولاية على اليتيم لقيامهم مقام الأب ، وإن كان اليتيم في حجر أمه : أي في كفها وتربيتها قبضها له جائز لما تقدم أن لها الولاية ، وكذا إذا كان في حجر أجنبي يربيه لأن له يدا معتبرة ؛ ألا ترى أن أجنبيا آخر لا يمكن من نزع من يده فيملك ما تمحض نفعا في حقه لكن بشرط أن لا يوجد واحد من الأربعة المذكورة ، وإن قبض الصبي الهبة بنفسه وهو عاقل جاز لأنه نافع في حقه وهو من أهله : أي من أهل مباشرة ما يتضمن نفعا له . فإن قيل : عقد الصبي إما أن يكون معتبرا أولا ، فإن كان الثاني وجب أن لا يصح قبضه ، وإن كان الأول وجب أن لا يجوز اعتبار الحلف مع وجود أهليه . فالجواب أن عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع محض معتبر لتوفير المنفعة عليه ، وفي اعتبار الحلف توفيرا أيضا لأنه يفتح به باب آخر لتحصيلها فكان جازا نظرا له ، ولهذا لم يعتبر عقله في التردد بين النفع والضرر سدا لباب المضرة عليه ، لأن عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر في عواقب الأمور فلا بد من مجبر يرى الولي ، وإذا وهب للصغير هبة ولها زوج فلما أن زفت إليه أولا ، فإن كان الأول جاز قبض زوجها لما لأن الأب قد فوض أمورها إليه وهي حين زفها إليه صغيرة وأقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ ماله ، وقبض الهبة من حفظ المال ، لكن لا يعطل بذلك ولاية الأب حتى لو قبضها جاز ، وكذا لو قبضت بنفسها وأطلق المصنف عن كونها بإجماع مثلها لأنه هو الصحيح . ومنهم من قال : إذا كانت ممن لا يجمع لا يصح قبض الزوج لها وحضور الأب لا يمنع

(قوله للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام) أقول : فإنه مشهور أن الجد الصحيح كالأب إلا في أربع مسائل (قوله وكذا إذا كان في حجر أجنبي) أقول : كالقيد (قوله وجب أن لا يجوز اعتبار الحلف) أقول : لكنه معتبر ولهذا يملك قبض الأب أيضا (قوله فالجواب أن عقله ، إلى قوله) ولهذا لم يعتبر عقله في التردد الخ) أقول : يعني لم يعتبر عقله في التردد .

قبض زوجها لما بعد الزفاف لتفويض الأب أمرها إليه دلالة ، بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الأب ، بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح ، لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ومع حضوره لا ضرورة . قال (وإذا وهب اثنان من واحد دارا جاز) لأنها سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوخ (وإن وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة ، وقالوا يصح) لأن هذه هبة الجملة منهما ، إذ التملك واحد فلا يتحقق الشيوخ كما إذا رهن من رجلين . وله أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما ، ولهذا لو كانت فيها لا يقسم لقبيل أحدهما

ما توهمه صاحب العناية (قوله ويملكه مع حضرة الأب بخلاف الأم ، وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح) قال صاحب النهاية : قوله في الصحيح متعلق بقوله ويملكه مع حضرة الأب : أى ويملك الزوج قبض الهبة لأجل امرأته الصغيرة مع حضرة أبيها في الصحيح ، وكان هذا احترازا عما ذكر في الإيضاح بقوله وتأويل هذه المسئلة أن قبض الزوج إنما يجوز إذا لم يكن الأب حيا ، وقال : إنما قلت هذا لأن في قوله بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا عنها انتهى كلامه . واقتضى أثره صاحب العناية ومعراج الدراية . أقول : فيه نظر ، لأن شيخ الإسلام خواهر زاده قال في مبسوطه : فن مشايخنا من سوى بين الزوج وبين الأجنبية والأب والجد والأخ . وقالوا : يجوز قبض هؤلاء عن الصغير إذا كان في عياله وإن كان الأب حاضرا كما في الزوج . ومنهم من فرق وقال بأن قبض الزوج يجوز على امرأته الصغيرة إذا كانت في عياله حال حضرة الأب وحال غيبته ، وفى الأجنبية يجوز قبضه للصغير حال عدم قريب آخر للصغير ، وفيها ذكر من الأقارب حتى القبض حال غيبة الأب إذا كان الصغير في عياله فلا يكون لم القبض عن الصغير حال حضرة الأب ، إلى هنا كلامه ، فظهر منه أن في قوله بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة قولا آخر يخالف القول المذكور فيصح أن يقع قوله في الصحيح احترازا عنه كما لا يخفى . وأنا أنصح من صاحب العناية أنه بعد أن رأى ما صرح به في مبسوط شيخ الإسلام من اختلاف المشايخ في هذه المسئلة المذكورة في غاية البيان مع تفصيلات أخر بطريق النقل عن مبسوط

عن ذلك فإنه يملكه وإن حضر الأب في الصحيح ، وهو احتراز عما ذكر في الإيضاح أن قبض الزوج لها إنما يجوز إذا لم يكن الأب حيا ، بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها فظهر لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو بعد غيبته غيبة منقطعة لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ولا ضرورة مع الحضور . وقوله في الصحيح متعلق بقوله يملكه مع حضرة الأب كما ذكرنا . قال صاحب النهاية : وإنما قلت هذا لأن في قوله بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا عنها ، فإن كان الثاني فلا محتر قبض الزوج لها لأن ذلك يحكم أنه يعولها وأن له عليها يدا مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف . قال (وإذا وهب اثنان من واحد دارا جاز الخ) وإذا وهب اثنان دارا من واحد جاز لاتضاء الشيوخ ، لأن الشيوخ إما أن يكون بالتسليم أو القبض وهما سلماها جملة وهو قوله قد قبضها جملة فلا شيوخ ، وإن كانت بالعكس لا يجوز عند أبي حنيفة ، وقالوا : يجوز لأن هذه هبة الجملة بينهما لا اتحاد التملك ولا شيوخ في هبة الجملة كما إذا رهن من رجلين بل أولى لأن تأثير الشيوخ في الرهن أكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة ، ثم إنه لو رهن من رجلين جاز غالبه أولى . ولأبي حنيفة أن هذه هبة النصف من كل

(قوله قال صاحب النهاية ، إلى قوله : ليست رواية أخرى حتى يقع قوله في الصحيح . احترازا عنها) أقول : قال الإمام جلال الدين المنبري : من مشايخنا من سوى بين الزوج والأجنبي والأم والجد والأخ في أنه يجوز قبض هؤلاء عن الصغير . من كان الصغير في عياله وإن كان الأب سافرا كما في الزوج ، ومنهم من فرق إلى آخر ما ذكره ، فحيث في قوله ليست رواية أخرى بحث .

صح ، ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التملك كذلك لأنه حكمه ، وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع ، بخلاف الرهن لأن حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كلا ، إذ لاتضاف فيه فلا شيوع ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئا من الرهن (وفي الجامع الصغير : إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبا لهما جاز ، ولو تصدق بها على غنيين أو وهبا لهما لم يجز ، وقالوا : يجوز للغنيين أيضا) جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر ، والصلاحية ثابتة لأن كل واحد منهما تملك بغير بدل ، وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم . وفي الأصل سوى بينهما فقال : وكذلك الصدقة لأن الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض . ووجه الفرق على هذه الرواية أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد ، والهبة يراد بها وجه الغنى وهما اثنان . وقيل هذا هو الصحيح ، والمراد بالمدكور في الأصل الصدقة على غنيين ،

شيخ الإسلام ذلك المعام كيف تبع رأى صاحب النهاية في جعل قول المصنف في الصحيح متعلقا بقوله وملكه مع حضرة الأب مع كونه بعدا من حيث القفط والمعنى ، أما بعده من حيث القفط فظاهر لأنه يقع حيثل فصل كثير بين المتعلق والمتعلق به من غير ضرورة تدعو إليه ، وأما بعده من حيث المعنى فلأنه لو كان مراد المصنف بقوله في الصحيح هو الاحتراز عما ذكر في الإيضاح من أن قبض الزوج إنما يجوز إذا لم يكن الأب حيا لقال وملك مع حياة الأب بدل قوله يملك مع حضرة الأب لأن الحضرة إنما تقابل الغيبة دون عدم الحياة تأمل تحق (قوله ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التملك كذلك لأنه حكمه ، وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع) قال صاحب العناية في شرح هذا الدليل : ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع ، وهو يمنع القبض على سبيل الكمال ، وليس منع الشيوع لجواز الهبة إلا لذلك ، وإذا

واحد منهما ، ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة ، وهذا استدلال من جانب التملك ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال ، وليس منع الشيوع لجواز الهبة إلا لذلك . وإذا ثبت الملك مشاعا وهو حكم التملك ثبت التملك كذلك ، إذ الحكم يثبت بقدر دليته ، وهذا استدلال من جانب الملك . وفيه إشارة إلى الجواب عما يقال الشيوع إنما يثبت إذا وجد في الطرفين جميعا ، فأما إذا حصل في أحدهما فلا يؤثر لأنه لا يلحق بالمتبرع ضمان القسمة وهو المانع عن جواز ما شاعا . ووجه ذلك أن يقال : إن سلمنا أن الشيوع إنما يثبت إذا وجد في الطرفين فهو موجود في الطرفين ، وأما المانع هو إلحاق ضمان القسمة بالمتبرع فقد تقدم حاله ، وليس المانع منحصرا فيه بل الحكم يلزم على نفس الشيوع لامتناع القبض به (قوله بخلاف الرهن) جواب عما استشهد به . ووجهه أن حكم الرهن الحبس ولا شيوع فيه ، بل يثبت لكل واحد منهما كلا ، ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئا من الرهن ، وذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينها وبين رواية الأصل ، وذلك لأن رواية الجامع الصغير تدل على أن الشيوع في الصدقة لا يمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز الهبة ، ورواية الأصل تدل على أنه لا فرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوع فيها عن الجواز لأنه سوى بينهما حيث عطف فقال : وكذلك الصدقة لتوقفهما على القبض ، والشيوع يمنع القبض على سبيل الكمال . ووجه الفرق على رواية الجامع الصغير أن الصدقة يراد بها وجه الله وهو واحد لا شريك له فيقتضيه جميع العين تعالى على الخلو فلا شيوع فيها ، وأما الهبة فيراد بها وجه الغنى والقرض أنهما اثنان . وقيل هذا هو الصحيح ، وتأويل ما ذكر في الأصل الصدقة على غنيين فتكون مجازا للهبة ، ويجوز المجاز على ما ذكره

(قوله وهذا استدلال من جانب الملك) أقول : لو كان تقرير الدليل ما حرره الفاضل لنا قول المصنف فيكون التملك كذلك ، والظاهر من سياق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التملك .

ولو وهب لرجلين دارا لأحدهما ثلثها وللآخر ثلثها لم يميز عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : يجوز .
ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان ، فأبو حنيفة مر على أصله ، وكذا محمد .

ثبت الملك مشاعا وهو حكم التملك ثبت التملك كذلك ، إذ الحكم ثبت بقدر دليله ، وهذا استدلال من جانب الملك انتهى . ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال : لو كان تقرير الدليل ماحوره الشارح لنا قول المصنف فيكون التملك كذلك ، وقال : والظاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التملك انتهى . أقول : كأنه فهم من قول صاحب العناية : وهذا استدلال من جانب الملك أن مراده أن هذا الاستدلال يتم بجانب الملك فقط ، فأورد عليه أنه لنا حينئذ قول المصنف فيكون التملك كذلك ، وليس كذلك بل مراده أن مبدأ هذا الاستدلال هو جانب الملك كما يفصح عنه من الابتدائية في قوله من جانب الملك ، وهذا لاينافي أن يتفرع عليه كون التملك أيضا كذلك فيحصل من المجموع تمام الدليل . ثم إن قوله والظاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التملك ممنوع كما لا يخفى على الناظر في الكتاب (قوله ولو وهب لرجلين دارا لأحدهما ثلثها وللآخر ثلثها لم يميز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وقال محمد : يجوز . ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان) اعلم أن التفصيل في الهبة إما أن يكون ابتداء من غير سابقة الإجمال ، أو يكون بعد الإجمال فإن كان الأول لم يميز بلا خلاف ، سواء كان التفصيل بالتفصيل كالثلث والثلثين أو بالتساوي كالتنصيف ، وإن كان الثاني لم يميز عند أبي حنيفة مطلقا : أي سواء كان متفاضلا أو متساويا وجاهز عند محمد مطلقا ، وقرئ أبو يوسف بين المتفاضلة والمتساوية ، ففي المتفاضلة لم يميز وفي المتساوية جوز في رواية ، وقد أشار إليه المصنف بقوله عن أبي يوسف فيه روايتان . ثم إن صاحب النهاية جعل قول المصنف ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا حيث قال : ولو فصل ابتدائيا بالتنصيف من غير سابقة الإجمال بأن قال لأحدهما وهبت لهذا نصف الدار ولهذا نصفها لم يميز بلا خلاف هكذا ذكر في عامة النسخ من الذخيرة والإيضاح وغيرها ، وذكر في الكتاب عن أبي يوسف فيه روايتان انتهى كلامه .

في الكتاب أن كل واحد منهما تملك بغير بدل . قال (ولو وهب لرجلين دارا الخ) اعلم أن التفصيل في الهبة إما أن يكون ابتداء أو بعد الإجمال ، فإن كان الأول لم يميز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفصيل كقوله وهبت لك ثلثة لشخص وهبت لك ثلثة الآخر أو بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه وللآخر كذلك ولم يذكره في الكتاب ، وإن كان الثاني لم يميز عند أبي حنيفة مطلقا : أي سواء كان متفاضلا أو متساويا مر على أصله ، وجاز عند محمد مطلقا مر على أصله ، وقرئ أبو يوسف بين المتساوية والمتفاضلة ، ففي المتفاضلة لم يميز وفي المتساوية جوز في رواية على ما هو المذكور في الكتاب بقوله وعن أبي يوسف فيه روايتان ، هذا الذي يدل عليه ظاهر كلام المصنف وصاحب النهاية جعل قوله ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا ، ونقل عن عامة النسخ من الذخيرة والإيضاح وغيرها أنه لم يميز بلا خلاف ، وليس بظاهر لأن المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الإجمال ، فالظاهر أنه ليس ابتدائيا . والفرق لأبي يوسف ما ذكره في الكتاب أن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشروع ، وهو دليل على صورة التفصيل بالتفصيل

(قوله فإن كان الأول لم يميز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفصيل كقوله وهبت لك ثلثة لشخص وهبت لك ثلثة لآخر ، أو بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه وللآخر كذلك ولم يذكره في الكتاب) أقول : قوله لشخص متعلق بقوله كقوله وقوله لآخر متعلق أيضا له ، والمعنى كقوله لشخص وهبت لك ثلثة وقوله لشخص آخر وهبت لك ثلثة ، وقوله التفصيل بالصاد المهمله ، وقوله بالتفصيل بالصاد للمجهلة ، وقوله أو بالتساوي مطوف على قوله بالتفصيل ، والتفسير في قوله ولم يذكره راجع إلى الأول في قوله فإن كان الأول لم يميز بلا خلاف (قوله وليس بظاهر) أقول : أي ما ذكره صاحب النهاية (قوله لأن المصنف عطف) أقول : ظاهرا (قوله على التفصيل بعد الإجمال) أقول : فإن قيل ممنوع وما المانع عن المطع على قوله ولو وهب الخ . قلنا : اتحاد الصليل : أي تملك المتفاضلة والمتساوية تتأمل .

والفرق لأبي يوسف أن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ، ولهذا لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض .

(باب الرجوع في الهبة)

وقال صاحب العناية بعد ذكر ما ذهب إليه صاحب النهاية هاهنا : وليس هذا بظاهر لأن المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الإجمال ، فالظاهر أنه ليس ابتداءً انتهى . أقول : يرشد إلى ما قاله صاحب العناية أن المصنف قال : ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها ولم يقل ولو وهب لأحدهما نصفها وللآخر نصفها ، إذ لو كان مراده العطف على أول المسئلة الأولى لكاتب المسئلة الثانية مسئلة مستقلة مبتدأة فيجب أن يقول ولو وهب يدل ولو قال كما في سائر مسائل الهبة ، ولما قال ولو قال علم أن مراده العطف على ما في آخر المسئلة الأولى من التفصيل الواقع بعد الإجمال فيكون الفرق بين المسئلتين بوقوع التفصيل بعد الإجمال في الأولى بطريق المفاضلة وفي الأخرى بطريق المساواة انتهى كلامه .

(باب الرجوع في الهبة)

لما كان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له ملكاً غير لازم حتى يصح الرجوع احتاج إلى بيان مواضع الرجوع وموانعه

وعلى صورته بالتساوي على رواية عدم الجواز . وأما رواية الجواز فلكونها غير معدولة عن أصله وهو أصل محمد فليست بحاجة إلى دليل ، وبهذا التوجيه يظهر غلط ما قيل إن في قوله إن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض نوع إخلال حيث لا يعلم بما ذكر موضع خلافه من الأبعاض ، وما ليس فيه خلاف من الأبعاض ، فإنه لو نص على الأبعاض بالتنصيص بعد الإجمال كما في قوله وهبت لكاه هذه الدار لك نصفها ولهذا نصفها جاز ، وإنما لا يجوز عنده التنصيص على الأبعاض بالتنصيص إذا لم يقضه الإجمال ، وذلك لأنه يستدل على ما عدل فيه عن أصله ، والمذكور في الكتاب يدل عليه . وأما صورة الجواز فليست بحاجة إلى الدليل بحرياتها على أصله ، ووضح دلالة التنصيص على الأبعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الأبعاض في الرهن فقال : ولهذا لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض ، خلا أنه يستوى فيه المساواة والمفاضلة بناء على أصل يصح أن يكون مبنى الجواز وعلمه في الهبة أيضاً ، وهو أن التفصيل إذا لم يخالف مقتضى الإجمال كان لغواً كما في التنصيص في الهبة ، لأن موجب العقد عند الإجمال تملك كل واحد منهما النصف ، ولم يزد التفصيل على ذلك شيئاً فكان لغواً ، وإذا خالفه كما في التثليث كان معتبراً وبقيد تفريق المقد ، فكانه أوجب لكل واحد منهما المقد في جزء شائع حمل لكلام المائل على الإفادة ، وكما في الرهن فإن حالة التفصيل فيه تخالف حالة الإجمال لأن عند الإجمال يثبت حق الحبيب لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت .

(باب الرجوع في الهبة)

قد ذكرنا أن حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحاً ، وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج إلى ذكر

(قوله وعلى صورته بالتساوي) أقول : الياء متعلق بالفسير في قوله صورته (قوله وبهذا التوجيه يظهر غلط ما قيل الخ) أقول : القائل صاحب النهاية (قوله وذلك لأنه يستدل) أقول : هذا ظاهر إلى قوله وبهذا التوجيه يظهر غلط ما قيل الخ (قوله خلا أنه يستوى فيه المساواة) أقول : يعني يستوى في الرهن للمساواة الخ .

(باب الرجوع في الهبة)

قال (وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) وقال الشافعي : لا رجوع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيها بيب لولده » ولأن الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضافه ، بخلاف هبة الوالد لولده على أصله لأنه لم يتم التمليك لكونه جزءا له . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الواهب أحق بيبته مالم يهب منها » أي مالم يعوض ،

وهذا بابه (قوله وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) قال صاحب النهاية : هذا اللفظ يحتاج إلى القيود : أي إذا وهب هبة لأجنبي أو لذى رحم ليس بمحرم أو لذى محرم ليس برحم وسلمها إليه ولم يقترن بها ما يمنع الرجوع من الزوجية والعوض والزيادة وغيرها حالة عقد الهبة فله الرجوع . فيها إما بالقضاء أو بالرضا من غير استحباب بل هو مكروه ، وبين كون هذه القيود محتاجا إليها بما لا مزيد عليه . وقال صاحب العناية : والمراد بالأجنبي هاهنا من لم يكن ذارحم محرم منه ، فخرج منه من كان ذارحم وليس بمحرم كبنى الأعمام والأخوال ومن كان محرمًا ليس بذى رحم كالأخ الرضاعي ، وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان ، ولا بد من قيدين آخرين : أحدهما وسلمها إليه . والثاني ولم يقترن من موانع الرجوع شيء . حال عقد الهبة ، ولعله تركهما اعتيادا على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه انتهى . أقول : في قوله وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان خلل فاحش ، إذ لو قصد بالتذكير في قوله وهب وأجنبي لإخراج المؤنث لخرج من هذه المسئلة كل هبة كانت بين المرأتين وكل هبة كانت بين الرجل والمرأة ، وإنما بقي منها الهبة التي كانت بين الرجلين ، ولا يفتى فساد ذلك ، بل الصواب أن التذكير الواقع في هذه المسئلة ليس لإخراج المؤنث ، وإنما هو للمحرر على ما هو المتعارف في أمثالها من تغليب الذكور على الإناث كما في خطابات الشرع على ما تقرر في علم الأصول ، وأن الزوجين إنما يخرجان من هذه المسئلة بثنائي القيدين اللذين اُعتُرف الشارح المبرور أيضا بأنه لا بد منهما ، واعتذر عن تركهما بما ذكر وذلك إن لم يقترن من موانع الرجوع شيء . حال عقد الهبة ، إذ لا شك أن الزوجية من جملة تلك الموانع . ثم أقول : لما منع أن يمنع انفهام القيد الأول من ذلك القيدين في أثناء كلام القدوري في محصره ، والهمدة في هذه المسئلة على القدوري لأنها من مسائل مختصرة فتأمل (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الواهب أحق بيبته مالم يهب منها » أي مالم يعوض) لا يقال : يجوز أن يكون المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون

ذلك ، وهذا الباب لبائنه (وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) والمراد بالأجنبي هاهنا من لم يكن ذارحم محرم منه . فخرج منه من كان ذارحم وليس بمحرم كبنى الأعمام والأخوال ومن كان محرمًا ليس بذى رحم كالأخ الرضاعي . وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين أحدهما وسلمها إليه والثاني ولم يقترن من موانع الرجوع شيء . حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتيادا على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه (وقال الشافعي : لا رجوع فيها لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيها بيب لولده » رواه ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم (ولأن الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضافه ») قوله بخلاف هبة الوالد لولده جواب عما يقال فهذه الهبة موجودة في هبة الوالد لولده وتقريره أنا لانسلم ذلك لأن التمليك لم يتم لكونه جزءا له (قوله على أصله) أي على الشافعي فإن من أسله أن لأب حق الملك في مال ابنه لأنه جزءه أو مكسبه فالتمليك منه كالتمليك من نفسه من وجه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « الواهب أحق بيبته مالم يهب منها » أي مالم يعوض) لا يقال : يجوز أن يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة لأن ذلك لا يصح لأن قوله أحق بيبته يدل على أن لغيره

(قوله وهذا الباب لبائنه) أقول : فيه بحث (قوله ذارحم محرم) أقول : جر على الجوار (قوله وخرج بالتذكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان) أقول : فيه أنه لو صح ما ذكره نخرج المرأتين وكل رجل وامرأة بيب أحدهما الآخر ، بل الوجه إحالة خروجه إلى القيد الثاني . لأن لا بد منه فإن النساء يستلن في أمثال تلك المسئلة بالتجعية على ما سلم (قوله أسدما وسلمها إليه) أقول : لا بد من هذا القيد ، وإلا لا يكون رجوعا بل امتناعا ولا خلاف في جوازه (قوله والثاني ولم يقترن من موانع الرجوع شيء . حال عقد الهبة) أقول : فيه شيء . (قوله والعقد لا يقتضي ما يضافه) أقول : من قلنى أسمى الانتصاف (قوله لى على الشافعي) أقول : الظاهر أن يقال على أصل الشافعي (قوله فإن من أسله) أقول : بل الظاهر أن المراد أصله في مجوز الرجوع (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الواهب أحق بيبته »)

ولأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة :

حجة . لأنها نقول : لا يصح ذلك لأنه أطلق اسم الحبة على المال ، وهذا لا يكون قبل القبض والتسليم ، ولكنه عليه الصلاة والسلام جعله أحق بها ، وهذا يقتضي أن يكون لغيره فيها حق ، وذلك إنما يكون بعد القبض ، ولأنه لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يثبت منها عن الفائدة إذ هو أحق وإن شرط العوض قبله كذا في النهاية والكناية ، وهكذا ذكر في العناية أيضا إلا الوجه الأول من الوجوه الثلاثة المذكورة في الجواب ، وقد أشار في الكافي أيضا إلى تلك الوجوه الثلاثة حيث قال : ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الوهاب أحق بهته ما لم يثبت منها » أي لم يعرض ، والمراد حق الرجوع بعد التسليم لأنها لا تكون حبة حقيقة قبل التسليم وإضافتها إلى الوهاب باعتبار أنها كانت له كرجل يقول أكلنا خبز فلان الخبز وإن كان اشتراه منه ، ولأنه أثبت للواهب حقا أغلب من حق للموهوب له ، ولا يتجمع الحقان وحق الوهاب أعقاب لا بعد تمام الحبة بالقبض ، إذ لا حق للموهوب له قبل القبض ، ولأنه مد هذا الحق إلى وصول العوض إليه وهذا في حق الرجوع بعد التسليم انتهى . أقول : في الوجه الأول والثاني من تلك الوجوه بحث . أما في الأول فلأن عدم صحة إطلاق اسم الحبة على المال حقيقة قبل القبض والتسليم ممنوع ، فإن القبض ليس من أركان عقد الحبة بل هو شرط تحقق حكمه كما تقرر فيما مر فكان خارجا عن حقيقة الحبة . ولئن سلم عدم صحة إطلاق اسم الحبة على المال حقيقة قبل القبض فلم لا يجوز إطلاق ذلك عليه مجازا باعتبار ما يؤول إليه كما في نحو - أراني أعصر خرا - وقد جوزت إضافتها إلى الوهاب باعتبار أنها كانت له وهذا ليس بأبعد من ذلك . وأما في الثاني فلأنه قد تقرر في علم العربية أنه يجوز استعمال أقبل مجردا عن معنى التفضيل مؤولا باسم التفاعل أو الصفة المشبهة حال كونه عاريا عن اللام والإضافة ومن ، ومنه قوله تعالى - وهو أهون عليه - إذ ليس شيء أهون على الله تعالى من شيء . فلفظ أحق في هذا الحديث المذكور عار عن الأمور الثلاثة المزبورة ، فلم لا يجوز أن يعتبر مجردا عن معنى التفضيل فيصير المعنى الوهاب حقيق بهته ما لم يثبت منها فلا يقتضي أن يكون لغيره فيها حق . نعم الظاهر الشائع أن تكون صيغة أقبل مستعملة في معنى التفضيل ، لكن المعرّض مانع مستند باحتال أن لا يكون معنى التفضيل مقصودا في الحديث المذكور الذي استدلوأ به على جواز الرجوع في الحبة بعد القبض ، ولا يخفى أن الاختيال كاف في مقام المنع قاذح في مقام الاستدلال ، على أن لقال أن يقول : لو كان معنى التفضيل مقصودا في الحديث المذكور فصار المراد أن يثبت قواهب في بهته حق أغلب من حق للموهوب له فيها لما كان الرجوع عنها مكروها ، ولما قال النبي عليه الصلاة والسلام « العائد في بهته كالعائد في بهته » لأن الرجوع حينئذ يصير في حكم تفضيل الفاضل وترجيح الغالب ، فالوجه تجريده أحق في الحديث المذكور عن معنى التفضيل تطبيقا للمقامين وتوفيقا للكلامين فتأمل . ثم إن بعض الفضلاء قدح في الوجه الثالث أيضا من تلك الوجوه حيث قال : هذا يجرى إلى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح : يعني صاحب العناية . أقول : صرح المحقق التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والرجوع بأن مفهوم الغاية متفق عليه فكيف ينفيه الشارح المزبور (قوله) ولأن المقصود بالمقصد هو التعويض للعادة لأن المادة الظاهرة أن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليصونه بجاهه وإلى من دونه ليخدمه

فيها حقا ولا حق لغيره قبل التسليم ولأنه لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يثبت منها عن الفائدة إذ هو أحق وإن شرط العوض قبله (ولأن المقصود في الحبة هو التعويض للعادة) لأن المادة الظاهرة أن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليصونه بجاهه ، وإلى من دونه ليخدمه ، وإلى من يساويه ليروضه ، وإذا تطرق الخلل فيها هو المقصود من العقد يتمكن العائد من الفسخ كالمشتري إذا وجد

أقول : ولك أن تتأمل في أسقية الواهب بعد التسليم ، فإن الثابت للموهوب له حقيقة الملك والقواهب حق امتلاكه أو الرضا فكيف يكون الثاني أحق من الأول ، إلا أن يقال : الأسقية باعتبار أن قواهب حق امتلاك الملك اللازم (قوله ولا حق لغيره قبل التسليم) أقول : فيه بحث ، لأن للموهوب له حق القبض لتملكه في المجلس متنا على ماهر (قوله ولأنه لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يثبت منها عن الفائدة الخ) أقول : هذا يجرى إلى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح (قوله لأن المادة الظاهرة أن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليصونه بجاهه الخ)

فثبت له ولاية الفسخ عند فواته ، إذ العقد يقبله ، والمراد بما روى نفي استبداد الرجوع وإثباته للوالد لأنه يملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا . وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم ، أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام « العائد في هبته كالعائد في قبته » وهذا لاستقباحه ،

وإلى من يساويه ليعوضه انتهى . وقال بعض الفضلاء : المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالتساوين والمدعى كان أعم انتهى . وقد سبقه إلى هذا الدخيل للشارح العيني حيث قال بعد نقل كلام صاحب العناية : قلت : فعل هذا ليس له الرجوع إلا في الثالث ، ومع هذا له الرجوع في الكل مالم يعوض انتهى . أقول : يمكن توجيه ما ذكر في العناية بأن المراد بالتعويض في قوله وإلى من يساويه ليعوضه هو التعويض المالى ، وبالتعويض في قوله إن المقصود بالعقد هو التعويض ما يعم التعويض بالعناية وبالخدمة وبالمال ، فالخصوص بالتساوين هو التعويض المالى ، وأما التعويض المطلق فيوجد في الأصل والأذن والمساوى ، والتعليل المذكور يشمل الصور الثلاث فلا يضره كون المدعى أعم فإنه يدل على جواز الرجوع في الكل مالم يعوض تأمل فهم . واعلم أن صاحب العناية ليس بمنفرد في ذلك التقرير بل سبقه إليه صاحب النهاية وغيره فقال في النهاية : توضيحه أن مقصوده من الهبة للأجانب العوض والمكافأة ، لأن الإنسان يهدى إلى من فرقه ليصونه بمجاهه وإلى من دونه ليعلمه وإلى من يساويه ليعوضه ، ومنه يقال : الأباى قروض انتهى . ثم إن صاحب التيسيل اعترض على أصل هذا الدليل حيث قال : أقول : على هذا التعليل لو قيد بنى العوض يبنى أن يمنع الرجوع لأنه ظهر أن العوض ليس بمقصود ، ولكن قوله عليه الصلاة والسلام « مالم يعوض » يدل على جواز الرجوع وإن قيد بنى العوض انتهى . أقول : يمكن أن يجاب عنه بأننا لانسلم ظهور أن العوض ليس بمقصود عند التقيد بنى العوض ، فإن التعويض من الموهوب له ليس بإيجاب الواهب إياه وإلغائه بل بحسب مروعة الموهوب له ، وجرى العادة على التعويض ، وبنى الواهب التعويض لا يفتو ذلك ، بل ربما يكون نفيه إياه سببا لميجان مروعة الموهوب له ، ويجوز أن يقصد ذلك الواهب بنفيه إياه ذلك المعنى . ولئن سلمنا ظهور ذلك فنقول : الوجه المذكور علة نوحية لإثبات نوع الحكم ، وذلك لا يستلزم الأطراد في كل صورة كما قالوا مثل هذا في الوجه الثاني من وجهى عدم جواز هبة المشاع فيما يقسم فيما مر فتذكر (قوله لأنه يملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا) أى باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعا في الحكم ، كذا في الكافي وعامة الشروح وقال بعض الفضلاء : بل شراء لإضرابا عن قوله وإن لم يكن رجوعا في الحكم . أقول : ليس هذا بصحيح لأن المراد بتملك الوالد هاهنا تملكه بطريق الاتفاق على نفسه لا بطريق الشراء لأن الشراء مما لا أساس له بالهبة فلا يناسب تأويل الحديث المزبور قطعاً ولأن قولهم للحاجة يعين الأول لعدم الاحتياج إلى الحاجة في تملكه بالشراء ، على أنهم صرحوا بالأول حيث قال في البدائع : فإنه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضى إذا احتاج إليه للإتفاق على نفسه انتهى . وقال في الكفاية من شروح هذا الكتاب فإنه يستقل بالرجوع فيما يجب لولده عند احتياجه إلى ذلك للإتفاق على نفسه انتهى إلى غير ذلك من المعبرات (قوله وقوله في الكتاب فله أن يرجع لبيان الحكم ، أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام « العائد في هبته كالعائد في قبته » وهذا لاستقباحه) قال الشارح المينى : قيل قد استدلل المصنف على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ثم يشترطون

بالمبيع صيا (فثبت له ولاية الفسخ عند فوات المقصود إذ العقد يقبله ، والمراد بما روى نفي استبداد الرجوع) يعنى لا يستبد الواهب بالرجوع في الهبة ولا ينفرد به من غير قضاء أو رضا إلا الوالد فإن له ذلك إذا احتاج إليه لحاجته ، وسعى ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعا في الحكم (وقوله في الكتاب) أى القدرورى (فله الرجوع لبيان الحكم ، أما الكراهة فلازمة لقوله صلى الله عليه وسلم « العائد في هبته كالعائد في قبته » وهذا لاستقباحه) لا لصحريه بدليل قوله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر

أقول : المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالتساوين والمدعى كان أعم (قوله وإن لم يكن رجوعا في الحكم) أقول : بل شراء (قوله وهذا لاستقباحه لا لصحريه) أقول : فيه بحث (قوله بدليل قوله عليه الصلاة والسلام في حديث آخر) (٦ - نكلة فتح القدير ح ٦ - ١)

ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال (إلا أن يعوضه عنها) لحصول المقصود (أو تزيد زيادة متصلة) لأنه لا وجه إلى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الإمكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد .

في جوازه الرضا أو القضاء ، فإذا كان الرجوع بالرضا فلا كلام فيه ولا إشكال ، وأما إذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضي الإعانة على مثل هذه المعصية ؟ وكيف تكون إعانته على المعصية التي هي معصية أخرى متبعة للجواز ؟ وإذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعد ذلك لأن قضاء القاضي لا يحل الحرام ولا يحرم الحلال ، وإنما قضاء القاضي إعانة لصاحب الحق على وصوله إلى حقه ، فإذا كان الرجوع في المبة لا يحل لا يصير بالقضاء حلالا ، وقد اعترف المصنف بعد ذلك بأن في أصل الرجوع في المبة وهاء فكيف يسوغ للقاضي الإقدام على أمر واه مكروه انتهى كلامه . أقول : هذا الإشكال إنما نشأ من عدم الوقوف على أن محل القضاء فيما نحن فيه ماذا ، فإن الذي كان مكروها إنما هو نفس الرجوع عن المبة لأجواز الرجوع عنها ، والذي يكون محلا للقضاء إنما هو جواز الرجوع عنها لا نفس الرجوع ، فإن القاضي لا يقول الواهب في حكمه له عند التراجع مع الموهوب له أرجع عن هبتك ، بل يقول لك الرجوع عنها مع كراهة فيه ، وليس في قضائه هذا إعانة على أمر مكروه بل فيه إجماع حكم شرعي على أصل أثبتنا وهو جواز الرجوع عن المبة مع كراهة فيه ، فإن رجوع الواهب عنها بعد ذلك كان مرتكبا للمكروه يطوع نفسه لإعانة القاضي عليه ، وإن امتنع الموهوب له بعد ذلك عن دفعها إليه يلزمه القاضي دفعها إليه ، وليس فيه أيضا إلزام للمكروه لأن دفع المبة إلى الواهب ليس بمكروه بل هو واجب على الموهوب بعد أن رجع الواهب عنها بلا مانع من الرجوع وإن كان نفس الرجوع مكروها . ثم إن القاضي لا يحل الحرام ولا يحرم الحلال ، ولكن يجعل الضعيف قويا والضعيف فيه متفقا عليه بعلق حكمه بذلك كما تقرر في موضعه . ثم إن الضعيف إذا كان ناشئا من اختلاف العلماء في مسألة لا يمنع القاضي عن الإقدام على الحكم بها سيما إذا وافق مذهبه وما نحن فيه من هذا التقييم كما ترى فاندفع الإشكال المذكور بخلافه ، هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام (قوله أوتريد زيادة متصلة) قال صاحب العناية : ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال تورث زيادة في قيمة الموهوب اه . أقول : بل من ذلك القيد الآخر بد بقوله أو تزيد زيادة متصلة ، لأن مالا يورث زيادة في قيمة الموهوب نقصان في الحقيقة وإن كان في صورة الزيادة كما صرحوا به قاطبة حتى صاحب العناية نفسه حيث قال فيها بهد وأما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة ، فلأنها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا ، فرب زيادة صورة كانت نقصانا في المعنى كالإصبع الزائدة مثلا اه . والظاهر أن الاعتبار المعنى دون الصورة فلا احتياج إلى قيد زائد ، ولقد أحسن صاحب

العائد في هبته كالكلب يوم ثم يعود حيث شبهه بعود الكلب في قبته ، وفعله لا يوصف بالحكمة (ثم للرجوع موانع ذكر بعضها) يعني القلديري ، وقد جمعها القائل في قوله :

موانع الرجوع في فعل المية بأصاحبي حروف . فمع تحوله

فالذال الزيادة ، والميم موت الواهب أو الموهوب له ، والعين عوض ، والحاء خروج المبة عن ملك الموهوب له ، والزاي الزوجة ، والفاء القرابة ، والهاء هلاك الموهوب . وذكر المصنف (فقال إلا أن يعوضه عنها لحصول المقصود أو تزيد زيادة متصلة) ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال : تورث زيادة في قيمة الموهوب ، أما اشتراط الزيادة فلأن النقصان لا يمنع الرجوع ، وأما اشتراط الاتصال فلأن المتصلة لا تمنع ؛ فإن الجارية الموهوبة إذا ولعت كان الواهب الرجوع وإنما منعت المتصلة (لأنه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم إمكان الفصل ، ولا معها لعدم دخولها تحت العقد) وأما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة فلأنها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا ، فرب زيادة صورة كانت نقصانا في المعنى كالإصبع الزائدة مثلا ، وطولب

أقول : الأظهر في رواية أخرى .

قال (أو يموت أحد المتعاقدين) لأن يموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة فصار كما إذا انتقل في حال حياته ، وإذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد إذ هو ما أوجبه . قال (أو تخرج المبة عن ملك الموهوب له) لأنه حصل بتسليطه فلا يتقصه ، ولأنه تجدد الملك بتجدد سببه . قال (فإن وهب لآخر أرضا يضاء فأثبت في ناحية منها نخلا أو بئنا أو دكانا أو آريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع في شيء منها) لأن هذه زيادة متصلة . وقوله وكان ذلك زيادة فيها لأن الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة أصلا ، وقد تكون

النهاية في البيان هاهنا حيث قال : ثم اعلم أن الزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشيء يورث زيادة في قيمة الموهوب كالسمن والجمال . أما لو زاد الموهوب في نفسه لكن لا تورث تلك الزيادة زيادة في قيمته فهو ليس بزيادة حقيقة فلا تمنع الرجوع فإنه قد يكون الشيء زيادة صورة نقصانا معنى كالإصبع الثالثة وما أشبه ذلك وقال : هكذا كله في النخيرة . ثم أقول : بقي هاهنا شيء وهو أنهم صرحوا بأن الزيادة للصورية التي لا تورث زيادة في القيمة كالزيادة الحاصلة بطول القامة وبالإصبع الزائدة لا تمنع الرجوع ، مع أن الدليل الذي ذكروا لمنع الزيادة المتصلة الرجوع ، وهو أنه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة مدم الإمكان ، ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد جار يمينه في تلك الصورة أيضا فليتأمل في التوجيه (قوله فإن وهب لآخر أرضا يضاء فأثبت في ناحية منها نخلا) قال صاحب العناية : هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم ١٨ . أقول : وجه التأخير أن المصنف كره أن يفصل بين الألفاظ المذكورة بطريق الاستثناء في مستلة مختصر القدرى يذكر مسألة مستقلة من مسائل الجامع الصغير وهي هذه المسألة ، فإن المستثنى مع المستثنى منه ككلام واحد فلا ينبغي أن يذكر بينهما كلام آخر مستقل بنفسه . وقال بعض الفضلاء في الاعتذار عنه : إلا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفرع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل ١٨ . أقول : ليس هذا بشيء لأن المصنف لو قصد سرد أصول الموانع ثم التفرع على الترتيب لما ذكر القرابة المحرمة والزوجة من أصول الموانع بين التفرعات بقوله وإن وهب مبة لذى رحم محرم منه

بالفرق بين الرد بالعيب والرجوع في المبة في أن الزيادة المتصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع في المبة والمتصلة بالعكس . وأجيب بأن الرد في المتصلة إما أن يرد على الأصل والزيادة جميعا ، أو على الأصل وحده لا سبيل إلى الأول ، لأن الزيادة إما أن تكون مقصودة بالرد أو بالتبعية ، والأول لا يصح لأن العقد لم يرد عليها والتسخير يرد على مورد العقد ، وكذلك الثاني لأن الولد بعد الانفصال لا ينجح الأم لا محالة ، ولا إلى الثاني لأنه تبنى الزيادة في يد المشتري عيانا وهو رد ، بخلاف الرجوع في المبة فإن الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له عيانا لم تقض إلى الرد ، وأما في المتصلة فلأن الرد بالعيب إنما هو ممن حصلت على ملكه فكان فيه إسقاط حقه برضاه فلا تكون الزيادة مائة عنه ، بخلاف الرجوع في المبة فإن الرجوع ليس برضا ذلك ولا باختياره فكانت مائة (وإذا مات أحد المتعاقدين بطل الرجوع أيضا ، لأنه إن مات الموهوب له فقد انتقل الملك إلى الورثة وخرج عن ملكه فصار كما إذا انتقل في حال حياته ، وإذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد إذ هو ما أوجبه ، وكذلك إذا خرج المبة من ملك الموهوب له لأنه حصل بتسليطه ولأنه تجدد الملك بتجدد سببه) وهو التملك وتبدل الملك كتبدل العين ، وفي تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذلك في تبدل السبب . قال (فإن وهب لآخر أرضا يضاء الخ هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم . والآرى هو الملطف عند العامة وهو المراد عند الفقهاء . وعند العرب الآرى : الأحمية ، وهي عروة حبل تشد إليها الدابة في محبسها ، فاعول من تأرى بالمكان : إذا أقام فيه ، وقيد بقوله (وكان ذلك زيادة فيها) والواو للحال لأن مالا يكون كذلك أو كان ولكن لعظم المكان بعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها ، وكلامه واضح .

(قوله هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم) أقول : إلا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفرع على الترتيب والتعويض لما فيه من كثرة التفصيل (قوله لا يمنع الرجوع في غيرها) أقول : ليس في غلته .

الأرض عظيمة يعدّ ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمنع الرجوع في غيرها . قال (فإن باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي) لأن الامتناع بقدر المانع (وإن لم يبع شيئاً منها له أن يرجع في نصفها) لأن له أن يرجع في كلها فكذلك في نصفها بالطريق الأولى . قال (وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها) لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا كانت الهبة لذي رحم محرم منه لم يرجع فيها » ولأن المقصود فيها صلة الرحم وقد حصل (وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر) لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة ، وإنما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد ، حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع ، ولو أباها بعد ما وهب فلا رجوع . قال (وإذا قال الموهوب له الواهب خذ هذا عوضاً عن هبتك أو بدلا عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع) لحصول المقصود ، وهذه العبارات تؤدي معنى واحداً (وإن عوضه أجني من الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع) لأن العوض لإسقاط الحق فيصحب من الأجني كبذل الخلع والصلح :

فلا رجوع فيها ، ويقول وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر ، تبصر توقف (قوله فإن باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي) أقول : قيد النصف في الكتاب بكونه غير مقسوم ، والظاهر عدم التقيد بذلك كما وقع في عامة المعترات ، إذ الحكم فيها إذا باع نصفها مقسوماً كذلك قطعاً وتخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداها كما صرحوا به ، وكان وجه التقيد في الكتاب إرادة إثبات الحكم في المقسوم بالطريق الأولى ، فإنه لما صح الرجوع في الباقي فيها إذا باع نصفها غير مقسوم كان صحة الرجوع في الباقي فيها إذا باع نصفها مقسوماً أولى كما لا يخفى ، وسيأتي التعرض من الشراح لتفسير هذا في قوله

وقوله (وإذا قال الموهوب له الواهب) بيان الألفاظ التي تستعمل في العوض عن الهبة ليقع للدفع إلى الواهب عوضاً يطل به الرجوع ، وأما إذا وهب من الواهب شيئاً ولم يعلم الواهب أنه عوض هبته فلكل واحد منهما أن يرجع في هبته ، وليس من شرط العوض أن يساوي الموهوب بل القليل والكثير الجنس وخلافه سواء لأنها ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربا ، ولا أن ينحصر العوض على الموهوب له ، بل لو عوضه عنه أجني متبرعا صح (وإذا قبضه الواهب بطل الرجوع لأن العوض لإسقاط الحق فيصحب من الأجني كبذل الخلع والصلح) لكنه يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والإفراز لأنه تبرع ويشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب مثل أن يكون الموهوب داراً والعوض بيت منها أو الموهوب ألفاً والعوض درهم منها فإنه لا ينقطع به حق الرجوع لأننا نعلم يقيناً أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به خلافاً لفرغانه قال : للتحقق ذلك سائر أمواله بالقبول من ماله ينقطع الرجوع فكذلك بهذا . والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح دون سائر أمواله فلم يلتحق به . فإن قيل : هل في قوله متبرعا فائدة أو ذكره اتفاقاً ؟ أجيب بأنه من إثبات الحكم بطريق الأولى ، وذلك لأن الرجوع لما يطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المأمور بذلك من الموهوب له أولى أن يطل ، لأن الموهوب له يؤدي إلى المتبرع ما أمره به ظاهراً فصار كمعوضه بنفسه ، ولو عوضه بنفسه لم يبق شبهة في بطلان حق الرجوع ، فلكذلك إذا عوض بأمره ، غير أن المتبرع عنه لا يرجع عليه بما عوض سواء كان بأمره أو بغير أمره ما لم يضمن الموهوب له صريحاً . أما إذا كان بغير أمره فظاهر ، وأما إذا كان بأمره فلا تنعوض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان أمره بذلك أمراً بالتبرع بماله نفسه على غيره وذلك

(قوله ولا أن ينحصر العوض) أقول : معطوف على قوله أن يساوي الموهوب (قال المصنف : كبذل الخلع والصلح) أقول : قال في الكافي عن دم العبد وإنما يقيد به ليستعمل معنى الإسقاط (قوله لكنه يشترط فيه) أقول : يعني يشترط في العوض (قوله لأننا نعلم يقيناً أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك الخلع) أقول : مانع هذا اليقين أخذه الواهب عوضاً عن هبته (قوله فلا يحصل به) أقول : فيه بحث (قوله والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح الخ) أقول : فيه بحث .

قال (وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه (وإن استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع) وقال زفر : يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر . ولنا أنه يصلح عوضا للكل من الابتداء ، وبلاستحقاق ظهر أنه لا عوض إلا هو ، إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يرد . قال (وإن وهب دارا فعوضه من نصفها) رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض لأن المانع خص النصف . قال (ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لأنه يختلف بين العلماء .

وإن عوضه أجنبي عن الموهوب له مترعا فتبصر (قوله وقال زفر رحمه الله : يرجع بالنصف) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : وقال زفر رحمه الله : يرجع بنصف العوض . أقول : هذا سبوه ، فإن المراد بالنصف في قول المصنف وقال زفر

لا يرجع عليه الضمان ما لم يضمن (وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه ، وإن استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع) عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر : يرجع بنصف العوض) فاس أحد العوضين على الآخر ، لأن كل واحد منهما مقابل بالآخر كما في بيع العرض بالعوض ، فإنه إذا استحق بعض أحدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بما يقابله (ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء) وما يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء لأن البقاء أسهل من الابتداء ، ولأن ما يصلح أن يكون عوضا عن الكل في الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق ، إذ به ظهر أنه لا عوض من الابتداء إلا هو . وعرض بأن الفرض أنه عوض وأجزاء العوض تنقسم على أجزاء الملعوض ، فإذا كان الكل في الابتداء عوضا عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضا عن النصف ابتداء . وأجيب بأن ذلك في المبادلات تحقيقا لها ، وما نحن فيه ليس كذلك ، فليس له الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض بما ذكرنا من الدليل ، بخلاف ما إذا كان العوض مشروطا لأنها تتم مبادلة فيوزع البذل على البذل . وإجابا عن قياس زفر أن الملعوض يملك الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعا فاعتبر المقابلة والانقسام ، وأما الواهب فيملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله شيء ، ثم أخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع والعلة لا تنقسم على أجزاء الحكم (قوله إلا أنه) أي إلا أن الواهب (يتخير) بين أن يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين أن يسكه ولم يرجع بشيء (لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يرد ما بقي من العوض ، وإن وهب دارا فعوضه من نصفها رجع بالنصف الذي لم يعوض لأن المانع خص النصف) غاية ما في الباب أنه يؤم من ذلك الشيوخ لكنه طارئ فلا يضر ، كما لو رجع في النصف بلا عوض . فإن قيل : قد تقدم أن العوض لا يسقط الحق فوجب أن يعمل في الكل لتلا يلزم تجزؤ الإسقاط كما في الطلاق . أجيب بأنه ليس بإسقاط من كل وجه لما تقدم أن فيه معنى المقابلة فيجوز التجزؤ باعتباره بخلاف الطلاق . قال (ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما الخ) . لا يصح الرجوع في الهبة إلا بالرضا أو القضاء لأنه يختلف فيه بين العلماء . قيل لأن له الرجوع عندنا خلافا للشافعي ، وإذا كان كذلك كان ضعيفا فلم يعمل بنفسه في إيجاب حكمه وهو التمسك ما لم ينضم إليه قرينة ليتقوى بها كالملة ، فإنها لما ضعفت

(قوله ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح الخ) أقول : وكذلك في بيع العرض بالعرض . وجوابه بأن المراد أن الباقي فيما ليس من المبادلات غير مفيد تتأمل (قوله ولأن ما يصلح أن يكون عوضا عن الكل في الابتداء الخ) أقول : فيه بحث ، فإن أحد الوجهين لا يستغل وجهه إلا بملاحظة الآخر . ووقع في نسخة مقرونة على الشارح هكذا : ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء ، وما يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق إذ به يظهر الخ (قوله فلم يعمل بنفسه في إيجاب حكمه) أقول : فيه تمسح ، لأن الرجوع ليس من حكمه ، والمراد في إيجاب

وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء ، فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء ، حتى لو كانت الهبة عبدا فأعتقه قبل القضاء نفذ ، ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه ، وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء لأن أول القبض غير مضمون ، وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه تعدى ، وإذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسحا من الأصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لأن العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ ،

يرجع بالنصف إنما هو نصف الهبة دون نصف العوض ، وهذا مع كونه ظاهرا من تقرير المصنف منصوب عليه في الكافي والكنة غاية البيان وغيرها (قوله وفي أصله وهاء) أى في أصل الرجوع ضعف . قال صاحب الكافي في تعليل ذلك : لأن الواهب إن كان يطالب بمقتضى فالجوب له يمنع بملكه . وقال تاج الشريعة : لأنه ثابت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير . ولهذا

لكونها تبرعا لم ينفذ حكمها ما لم ينضم إليها القبض ، وفيه نظر تقدم غير مرة ، والمخلص حله على اختلاف الصحابة إن ثبت (قوله وفي أصله وهاء) أى في أصل الرجوع ضعف ، لأنه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير ، ولهذا يبطال بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع . قال في المغرب : الوهاب بالخطأ ، وإنما هو الوهي ، وهو خطأ لأن مد المقصور الساعى ليس بخطأ ، ونخطة ما ليس بخطأ خطأ (قوله وفي حصول المقصود وعدمه خفاء) لأن مقصوده منها إن كان الثواب فقد حصل ، وإن كان العوض لم يحصل (فإذا تردد) لابد من الفصل بالرضا أو القضاء ، حتى لو كانت الهبة عبدا فأعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك (قبله) لم يضمن لقيام ملكه فيه ، وكذا إذا هلك في يده بعده لأن أول القبض غير مضمون ، وهذا دوام على ذلك إلا أن يمنعه بعد الطلب لأنه تعدى ، وإذا رجع بالقضاء أو بالرضا كان فسحا من الأصل (وخالف زفر في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة المبذولة لأن الملك عاد إليه بتراضيهما فأشبهه الرد بالميب ، فإنه إذا كان بالقضاء كان فسحا وإذا كان بالرضا فهو كالبيع المبتدئ . والجواب أن التراضي على سبب موجب الملك أو على رفع سبب لازم يحيل العقد ابتدائيا ، وها هنا تراضيا على رفع سبب غير لازم ، وذلك لا يوجب ملكا مبتدئا بل يكون فسحا من الأصل (حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع) كما إذا وهب الدار ثم رجع في نصفها ، ولو كان الرجوع بغير القضاء هبة مبتدئة لما صح فيها بحتمل القسمة كما في الابتداء ، فصحته دليل على بقاء العقد في النصف الآخر والشيوخ طارئ لا أثر له فيها (قوله لأن العقد) هو الدليل على المطلوب . وتقديره أن هذا العقد جائز الفسخ ما تقدم من ثبوت حق الرجوع ، وما هو جائز الفسخ يقتضى جواز استيفاء حق ثابت له ، ولا فرق في ذلك بين الرضا والقضاء لأنهما يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضى وهو الفسخ فيظهر على الإطلاق ليشمل التراضي والقضاء .

ما هو كسكه (قوله لكونها تبرعا لم ينفذ حكمها ما لم ينضم إليها القبض) أقول : مستوفى بمثل بيع بالقبض والجوز والوز فيشره فإنه لا يجوز عند الشافعي مع أنه يفيد حكمه عقدا بلا انضمام قرينة (قوله وفيه نظر تقدم غير مرة) أقول : بين أن خلاف الشافعي متأخر ، فكيف بين الحكم للفتنم على ما يتحقق بعد (قوله والمخلص حله على اختلاف الصحابة إن ثبت) أقول : أو التائبين ، بل هو أول ثلاث يخالف ادعاء أصحابنا الإجماع على جواز الرجوع من الهبة رضى الله عنهم (قوله لأنه ثبت بخلاف القياس) أقول : فيه بحث لانتفاضه بكل ما ثبت بالنس على خلاف القياس (قوله قال في المغرب : الوهاب بالخطأ ، وإنما هو الوهي ، وهو خطأ لأن مد المقصور الساعى ليس بخطأ ، ونخطة ما ليس بخطأ خطأ) أقول : قال مولانا إياس : وهذا خطأ عظيم لأن الوهي على وزن لرى يسكون الهاء ومد مظهر خطأ لا بحالة انتهى أقول : والمند المصنف أن المد المزوجة (قوله فإذا تردد لابد من الفصل الخ) أقول : ظاهره أن قول المصنف فلا بد من الفصل الخ تبرع على قوله وفي حصول المقصود الخ ، وليس كذلك بل هو متعلق بالملل الفلوت (قوله ولو منعه فهلك قبله ، إلى قوله : بعده) أقول : بين هلك قبل القضاء وبعد القضاء (قوله والجواب أن التراضي على سبب موجب الملك) أقول : جواب بإيداء الفرق بين المنفيس والمقبض عليه (قوله فصحته دليل على بقاء العقد في النصف) أقول : فيه بحث (قوله وما هو جائز الفسخ يقتضى جواز استيفاء حق ثابت له) أقول : التفسير في قوله له راسخ إلى صاحب الحق (قوله ولا فرق في ذلك بين الرضا والقضاء) أقول : فيه بحث (قوله لأنهما يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضى وهو الفسخ) أقول : قوله هو راجع إلى ما .

فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الإطلاق .

يطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من المواضع واقتضى أثره صاحب العناية والشارح العيني . أقول : في قولهم ولهذا يطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من المواضع خلل ، لأن الرجوع ثابت بخلاف القياس في جميع الصور : أي فيما يوجد فيه المانع عنه وفيما لم يوجد فيه ذلك لكونه تصرفا في ملك الغير في الجميع ، فلا يصح تبرع بطلانه في صور تحقق المانع عنه على كونه ثابتا بخلاف القياس ، إذ لو كان علة البطلان ذلك لزم أن يطل في جميع الصور لعدم انفكاكه عن تلك العلة في صورة . فالصواب أن بطلانه بالزيادة المتصلة وبغيرها من المواضع لما ذكر من الأدلة المفصلة في مسألتها لا لكونه ثابتا بخلاف القياس . واعترض بعض الفضلاء على قولهم لأنه ثابت بخلاف القياس حيث قال : فيه بحث لانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس . أقول : هذا ساقط ، لأنه إن أراد بانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس أنه يقتضي أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس ضعيفا فما المحذور في ذلك ، إذ الظاهر أن كل ما ثبت على خلاف القياس ضعيف بالنسبة إلى ما ثبت على وفق القياس ، ألا ترى أنهم قالوا : كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس من الأحكام يختص بمورد النص ، بخلاف ما ثبت به على وفق القياس ، وإن أراد بذلك أنه يقتضي أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس موقوفا على الرضا أو القضاء فهو ممتنع ، وإنما يكون كذلك لو كان قوله وفي أصله وهاء علة تامة لعدم صحة الرجوع بدون الرضا أو القضاء ، وليس كذلك بل العلة التامة له مجموع قوله لأنه يختلف بين العلماء وفي أصله وهاء ، وفي حصول المقصود وعلمه خفاء ، ولا تجري هذه العلة بهما في كل ما ثبت على خلاف القياس فلا انتقاض به . ثم إن الإمام المطرزي قال في المغرب : الوهاء بالخطأ ، وإنما هو الوهي مصدر وهي الحبل يهي وهيا إذا ضعف اه . وقد نقله عنه كثير من الشراح هاهنا ولم يتعرضوا له بشيء ، ونقله عنه صاحب العناية أيضا وقال : وهو خطأ ، لأن مد المقصور الساهي ليس خطأ وتخطئ ما ليس بخطأ اه . ولا يذهب على ذي فطنة أن خطأ هاهنا وإنما هو في كلام صاحب العناية ، فإنه زعم أن الوهي في قول صاحب المغرب : وإنما هو الوهي مقصور الوهاء ، وليس كذلك قطعا بل هو على وزن الفعل يفتح الواو وسكون الماء كالري ، ومن البين فيه قول صاحب المغرب : مصدر وهي الحبل يهي وهيا حيث قال وهيا ، ولو كان مقصورا لفعل وهيا كما لا يخفى ، وقد تفتن الشارح العيني لهذا حيث قال : وقول صاحب العناية : لأن مد المقصور الساهي ليس بخطأ خطأ لأن جواز مد المقصور الساهي مبني على وجود المقصور حتى يعد ، والمصدر هاهنا على وزن فعل يتسكين العين فن أين يتأى المد اه : ولكن خطأ صاحب المغرب بوجه آخر حيث قال : فصاحب المغرب مصيب من وجه في قوله وإنما هو الوهي : يعني يتسكين العين ، ويخطئ من وجه في قوله الوهاء بالخطأ لأن هذا أيضا مصدر على وزن فعال كما تقول في قل يلقى قل وقلاء على وزن فعال ووهاه كذلك . وقد قال الجوهري : القلى القبض ، فإن فتحت القاف مددت تقول قلاء يقليه قل وقلاء اه كلامه . أقول : أخطأ هذا الشارح أيضا في تحضته صاحب المغرب لأن كون الوهاء على وزن بعض المصادر لا يقتضي أن يكون نفسه أيضا مصدرا ، إذ قد تقرر في علم الأدب أن مصدر الثلاثي ساهي لا يثبت بالقياس ، فجاء القلاء مصدرا من قل يقلى كما ذكره الجوهري لا يقتضي أن يكون الوهاء أيضا مصدرا من وهي يهي ، فإن الأول مسموع دون الثاني . وقول صاحب المغرب الوهاء بالخطأ بناء على أنه غير مسموع فلا خيار فيه على أن تحضته إياه في قوله الوهاء بالخطأ ينافي تصويره إياه في قوله وإنما هو الوهي ، لأن في قوله هذا قصر مصدر وهي يهي على الوهي يتسكين الماء ، فكون الوهاء أيضا مصدرا منه ينافي ذلك قطعا . ثم إن صاحب الكافي ومن حذا حذوه من الشراح كصاحب الكفاية ومعراج الدراية استدلوا على مسئلتنا هذه بدليل آخر غير المذكور في الكتاب حيث قالوا : ولأن الرجوع فسخ العقد فلا يصح إلا بمن له ولاية عامة وهو القاضي أو منهما لولايتها على أنفسهما كالرد بالعيب بعد القبض اه . أقول : فيه نظر ، أما أولا فلأنه منقوض

بخلاف الرد بالعيب بعد القبض ، لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا . قال (وإذا تلفت العين الموهوبة واستحققت واستحق ضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له ، والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره . قال (وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقاض في العوضين وتبطل بالشيوخ) لأنه هبة ابتداء (فإن تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة) لأنه بيع انتهاء . وقال زفر والشافعي رحمهما الله : هو بيع ابتداء وانتهاء ، لأن فيه معنى البيع وهو التملك بعوض ، والعبرة في العقود للمعاني ، ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقا .

بفسخ العقد في البيع الفاسد ، إذ قد مر في فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع أن المشتري إذا قبض المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك البيع ولزمته قيمته . ثم إن لكل واحد من المتعاقدين فيه فسخ العقد قبل القبض ، وكذا بعده إن كان الفساد في صلب العقد ولمن له الشرط إن كان بشرط زائد فصح فسخ العقد هناك من أحدهما بدون رضا الآخر ولا القضاء به ، فصار الدليل المذمور منقوضا به بل هو منقوض أيضا بسائر العقود الغير اللازمة ، لأن كل واحد من المتعاقدين يتمكن من فسخها بأمرها كما صرحوا به في مواضعه . وأما ثانيا فلأن قولهم كالرد بالعيب بعد القبض ليس بسديد إذ الحق هناك للمشتري في وصف السلامة لا في الفسخ ، والحق هاهنا للواهب في نفس الفسخ كما صرحوا به فيما ساق . وفروا بينهما بهذا الوجه فلا يقتضي عدم انفراد المشتري هناك بالفسخ عدم انفراد الواهب هاهنا به فلا يتم القياس ولا التشبيه تدبر (قوله بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا) قال صاحب العناية في تحليل قوله لا في الفسخ : لأن العيب لا يمنع تمام العقد ، فإذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ انتهى . أقول : فيه بحث ، لأنه إن أراد أنه إذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت الفسخ بالفعل البتة فهو مسلم ، ولكن الكلام في حق الفسخ لا في ثبوت الفسخ بالفعل البتة فلا يتم التبريد ، وإن أراد أنه إذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت حق الفسخ فهو ممنوع ، ألا يرى أن عقد الهبة يتم بالقبض بعد الإيجاب والقبول ومع هذا يقتض ثبوت حق الفسخ عندنا بموجب قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهيته ما لم يشب منها ، ولغوات المقصود بالعقد عادة عند علم التوحيص منها كما تقرر فيما مر ، فلم لا يجوز أن يثبت للمشتري أيضا حق الفسخ عند تحقق العيب بناء على فوات مقصوده بالعقد وهو سلامة المبيع . فالأظهر في تحليل ذلك أن يقال : لأن البيع عقد لازم من المعاوضات فيمتنع أن يقتض ثبوت حق الفسخ لأحد المتعاقدين لكون ذلك منافيا لزوم العقد ، بخلاف عقد الهبة فإنه عقد

وقوله (بخلاف الرد) جواب عن قياس زفر . وتقريره أن الرد بالعيب بعد القبض إنما كان في صورة القضاء خاصة ، لأن الحق هناك في وصف السلامة ، حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد لسلامة حقه لا في الفسخ ، لأن العيب لا يمنع تمام العقد ، فإذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ ، فإذا تراضيا على ملأ يقتضيه العقد من رضى كان ذلك كابتداء عقد منهما . وأما القاضي فلما يقتض أولا بما يقتضيه العقد من وصف السلامة ، فإن عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضي عين ما ثبت بالقضاء فافترقا ، وإنما قيد بقوله بعد القبض لأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الأصل سواء كان بالقضاء أو بالتراضي . وفائدة هذا أنه لو وهب لإنسان فوهب الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للأول أن يرجع سواء رجع الثاني بقضاء القاضي أو بغيره خلافا لزفر في غيره ، وإذا رد المبيع بعيب على البائع قبل القبض فللبائع أن يرد على بائنه كذلك ، وبعد القبض إن كان بقضاء فكل ذلك ، وإن كان بغيره فليس له ذلك قال (وإذا تلفت العين الموهوبة الفسخ) وإذا تلف الموهوب فاستحق فضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن لأنه عقد تبرع ، وهو لا يقتض السلامة وهو غير عامل له ، أي الواهب احتراز عن المودع فإنه يرجع على المودع بما ضمن لأنه عامل للمودع في ذلك القبض يحفظها لأجله . فإن قيل : غرة

ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين ، وقد أمكن لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض ، وقد يرأى عن البيع القاسد والبيع من حكمه الزوم : وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجعلنا بينهما ، بخلاف بيع نفس العبد من نفسه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه ، إذ هو لا يصلح مالكا لنفسه .

تبرع غير لازم فلا ينافيه ثبوت حق القسح لأحد المتماقلين (قوله ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن) قال صاحب العناية في تقرير هذا الدليل : ولنا أنه اشتمل على جهتين : جهة الهبة لفظا ، وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما ، وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما وجب إعمالهما لأن إعمال الشبهين ولو بوجه أولى من إعمال أحدهما انتهى . أقول : فيه مناقشة ، وهي أن قوله لأن إعمال الشبهين ولو بوجه أولى من إعمال أحدهما يفيد أولوية إعمال الشبهين والمدهى وجوب إعمالهما كما ترى فلا تهريب ، ويمكن دفعها بجنابة فتأمل .

يلجأ به الملك له في الحل وإخباره بأنه ملكه ، والغرور يوجب الضمان كالبائع إذا غر المشتري . أجاب بأن الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا مطلقا وقد تقدم . وذكر في التخيرة أن الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا ، فإن ضمن بعد الاستحقاق رجح على الواهب ولم يذكره المصنف فكان سبب الرجوع . أما الغرور في ضمن عقد المعاوضة أو بالضمان نصا ، فإذا وهب بشرط العوض مثل أن يقول وهبتك هذا العبد على أن تهب لي هذا العبد لا أن يقول باليامفاته يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالإجماع ، أما إذا كان بلفظ على فإنه يكون هبة ابتداء فيعتبر التقايض في الموضين ولم يثبت الملك لواحد منهما بدون القبض ويبطل بالشيوخ . فإن تقايضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ، وتستحق الشفعة فيه لأنه بيع انتهاء . وقال الشافعي وزفر : هو بيع ابتداء وانتهاء لأن فيه معنى البيع وهو التملك بعوض ، والمبرة في العقود للمعاني ، ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقا وهو ظاهر . ولنا أنه اشتمل على جهتين : جهة الهبة لفظا ، وجهة البيع معنى ، وأمكن الجمع بينهما ، وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما وجب إعمالهما لأن إعمال الشبهين ولو بوجه أولى من إعمال أحدهما . أما أنه مشتمل على الجهتين فظاهر ، وأما إمكان الجمع فلما ذكره بقوله لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض ، وقد يوجد ذلك في البيع كما في البيع القاسد ، والبيع من حكمه الزوم ، وقد يوجد ذلك في الهبة كما إذا قبض العوض ، وإذا اتفقت للمنافاة أمكن الجمع لا محالة ، فعملنا بهما واعتبرنا ابتداء بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاء بمعناها وهو معنى البيع وهو التملك بعوض ، كالمية في المرض فلذا تبرع في الحال صورة ووصية معنى ، فيعتبر ابتداءه بلفظه حتى يبطل لعدم القبض ، ولا يتم بالشيوخ فبا محتمل القسمة وانتهاءه بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين ، وهذا لأن الألفاظ قوالب المعاني فلا يجوز إلغاء اللفظ وإن وجب اعتبار المعنى إلا إذا لم يمكن الجمع بينهما ، كما إذا باع المولى عبده من نفسه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح أن يكون مالكا لنفسه .

(قوله أجاب : بأن الغرور ، إلى قوله : وقد تقدم) أقول : يفتى تقدم في المضاربة .

(فصل)

قال (ومن وهب جارية لإحملها صحت الهبة وبطل الاستثناء) لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد ، والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطاً فاسداً ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة ، بخلاف البيع والإجارة والرهن لأنها تبطل بها .

(فصل)

لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق وصارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها في فصل على حدة (قوله ومن وهب جارية لإحملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطاً فاسداً والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة) توضيح هذا الدليل أن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد ، والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً ، والعقد لا يرد على الأوصاف مقصوداً ، حتى لو وهب الحمل لآخر لا يصح ، فكذا إذا استثنى على ما مر في البيوع ، فإذا لم يكن الاستثناء عاملاً انقلب شرطاً فاسداً لأن اسم

(فصل)

لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة . قال (ومن وهب جارية لإحملها الخ) اعلم أن استثناء الحمل على ثلاثة أقسام : قسم منها ما يجوز فيه أصل العقد وبطل الاستثناء . وقسم منها ما يبطلان فيه جميعاً . وقسم منها ما يصحان فيه جميعاً . فالأول ما نحن فيه من الهبة ومن النكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإنه إذا وهب الجارية لإحملها صحت الهبة وبطل الاستثناء ، لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد ، والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً والعقد لا يرد على الأوصاف مقصوداً ، حتى لو وهب الحمل لآخر لا يصح ، فكذا إذا استثنى على ما مر في البيوع . فإذا لم يكن الاستثناء عاملاً انقلب شرطاً فاسداً لأن اسم الجارية يقتناول الحمل تبعاً لكونه جزءاً منها ، فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفاً لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة على ما سيجيء ، وطولب بالفرق بين الحمل وبين الصوف على الظهر واللين في الضرع ، فإنه إذا وهب الصوف على الظهر وأمره بجزءه أو اللين في الضرع وحلبه وقبض الموهوب له فإنه جائز استحساناً دون الحمل . وأجيب بأن ما في البطن ليس بمال أصلاً ولا يعمل له وجود حقيقة ، بخلاف الصوف واللين ، وبأن إخراج الولد من البطن ليس إليه فلا يمكن أن يحصل في ذلك ثابته عن الواهب ، بخلاف الخراز في الصوف والحلب في اللين (قوله وهذا) أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء (هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة) (قوله بخلاف البيع والإجارة والرهن) إشارة إلى القسم الثاني (لأنها تبطل بها) .

(فصل ومن وهب جارية)

(قوله فالأول ما نحن فيه من الهبة ومن النكاح) أقول : الأول ترك كلمة من ، إلا أن يقال : المراد ما نحن فيه في بيان جنسه (قوله) وأجيب أن ما في البطن ليس بمال أصلاً ولا يعمل له وجود حقيقة ، بخلاف الصوف واللين (أقول : فيه صاه أنه المتنازع على ما مر في البيوع) (قوله وهذا : أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم في النكاح الخ) أقول : فإن قيل : الظاهر أن الإشارة إلى عدم البطلان بالشروط الفاسدة : قلنا : فيلزم المصادرة .

ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لأنه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء ، ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لأن الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ،

الجارية يتناول الحمل تبعاً لكونه جزءاً منها ، فلما استقنى الحمل كان الاستثناء خالفاً لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد . والمبة لا تنبطل بالشروط الفاسدة لأن الملك في باب المبة معلق بفعل حسي وهو القبض ، والقبض لا يفسد بالشروط ، وإنما تؤثر الشروط في العقود الشرعية . هذا زبدة ما في الشروح . وذكر صاحب الكفاية دليلاً آخر على بطلان الاستثناء بعد أن ذكر ما في الكتاب حيث قال : ولأن الاستثناء تصرف في اللفظ فلا يعمل إلا في الملقوط ، والحمل جزء من أجزائها فيكون في حكم الأوصاف ، واللفظ يرد على الذات لا على الأوصاف فلا يصح استثناءه لأنه ليس بملفوظ . أقول : فيه بحث ، إذ لو صح هذا الدليل لدل على بطلان استثناء الحمل في الوصية أيضاً لجرياته فيها بينه وليس كذلك قطعاً على ما مر حوا به قاطبة ، وسيأتي في وصايا هذا الكتاب أن من أوصى بجارية إلا حلهما تمت الوصية والاستثناء لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً ولكنه يستحق بالإطلاق تبعاً ، فإذا أقرد الأم بالوصية صح أفرادها ، ولأنه يصح إفراد الحمل بالوصية فجاز استثناءه منه . وقال في الكافي هناك : فإن قيل : إذا لم يتناول اللفظ فينبغي أن لا يصح الاستثناء لأنه تصرف في الملقوط . قلنا : يكفي لصحة التزوي بزیه كما في استثناء إيليس ، على أن صحته لا تقتضي إلى تناول اللفظي بدليل صحة استثناء قفيز حنطة من ألف درهم أه فبذل ذلك على عدم صحة ما في الكفاية هاهنا ، وطولب بالفرق هاهنا بين الحمل وبين الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع ، فإنه إذا وهب لرجل على ظهر الغنم من الصوف أو ما في الضرع من اللبن وأمره بجزء الصوف وحلب اللبن وقبض الموهوب له ذلك فإنه جائز له استحساناً ، وفي الحمل لا يجوز . وأجيب بأن ما في البطن ليس بمال أصلاً ولا يعلم وجوده حقيقة . بخلاف الصوف واللبن ، وبأن إخراج الولد من البطن ليس إليه فلا يمكن أن يعمل في ذلك نائباً عن الواهب ، بخلاف إخراج من الصوف والحلب من اللبن ، كذا في الشروح ، وعزاه في النهاية إلى المبسوط . أقول : في كل من وجهي الجواب المذكور نظر . أما في وجهه الأول فلأن ما في البطن لو لم يكن مالاً أصلاً ولم يعلم وجوده حقيقة لما صح إعتاقه وتدييره وإسماؤه ، وقد صح كل ما على ما نصوا عليه في مواضعه ، ويدل على صحة الأولين أيضاً المستثنان الآتيان هاهنا ، وهما قوله ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز ، وقوله ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز . وأما في وجهه الثاني فلأن كون إخراج الولد ليس إليه إنما يقتضي عدم صحة المبة فيها إذا أمره الواهب بقبض الحمل في الحال ، وأما فيها إذا أمره الواهب بقبضه بعد الولادة فلا ، إذ يمكن له حينئذ أن يقبضه بعد الولادة أصالة بدون النيابة عن الواهب ، ولعل هذا هو السر في أن قال بعض أصحابنا إن أمره في الحمل بقبضه بعد الولادة بقبض يجوز استحساناً كما في الصوف واللبن على ما ذكره صاحب النهاية في أول الجواب المذكور ، وقال : ولكن الأصح أنه لا يجوز في الحمل أصلاً لأن ما في البطن ليس بمال النج . ثم أقول : على فرض أن يكون الجواب المذكور بوجهيه سالماً عما ذكرناه لا يتدفع به السؤال المزبور لأن مورد ذلك السؤال قول المصنف والمبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً على ما بيناه في البيع . وحاصله أن الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع أيضاً من أوصاف الحيوان كالحمل على ما تقرر في باب البيع الفاسد في كتاب البيع ، فما الفرق بين الحمل وبين الصوف واللبن من هذه الحيثية حتى تصح المبة فيها دون الحمل . والجواب المذكور إنما يفيد الفرق بين الفصيلين من حيثية أخرى ، وهذا لا يبعد شيئاً يتدفع به مطالبة الفرق بينهما من الحيثية المذكورة في الكتاب

أي بالشروط الفاسدة ولم يذكر القسم الثالث وهو في الوصية وستذكره فيما (ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت المبة لأنه لم يبق الجنين على ملك الواهب) نخرج به عنه بالإتفاق فلم يكن هبة مشاع فتكون جائزة (فأشبه الاستثناء) في إمكان تجيز المبة (ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز المبة لأن الحمل باق على ملكه فلم يقبض الاستثناء) في التجيز لأن الجواز في الاستثناء

ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقى هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك . قال (فإن وهبها له على أن يردها عليه أو على أن يعقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على أن يردّ عليه شيئا منها أو يعوضه شيئا منها فالحبة جائزة والشرط باطل) لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة ، والحبة لا تبطل بها ، ألا ترى (أن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط العمرى بخلاف

فلا يتم المطلوب) قوله ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقى هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك (فإن قيل : هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة . أجب بأن عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فأنزل مفعلا في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة ، وكذا في العناية أخذنا من النهاية أقول : ليس الجواب بسديد ، أما أولا فلأنه لو جعل الحمل مفعلا في الحال بناء على كونه في عرضية الانفصال في ثاني الحال كان في حكم المقرر المقسوم لا في حكم المشاع المحتمل للقسمة فكان أولى يجوز هبته فلا يتم التقريب . وأما ثانيا فلأنه لا يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كونه في حكم مشاع يحتمل القسمة ، إذ لا شك أن أحوال القسمة وعدم احتيالها لا يدوران على الدخول في الملك والخروج عنه بل على عدم إضرار التبعيض وإضراره كما عرف فيها مر ، فلم يتم قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة . نعم يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كون الجارية الموهوبة مشغولة بملكه كما في هبة الجواهر التي فيه طعام الواهب ، ولكنه أمر وراء أحوال القسمة . فإن قلت : المراد بقوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة فكان من قبيل هبة مشغولة بملك الواهب لأنه كان مشاعا يحتمل القسمة حقيقة ، ولهذا قال : فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة ولم يقل فكان مشاعا يحتمل القسمة ، ويرشد إليه أن صاحب النهاية قال بعد قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كما في هبة الجواهر وفيه طعام الواهب لم تصح الهبة . لأن ما هو مشغول بملك الواهب بمنزلة الشيوع في الهبة حكما لوجود اختلاط الملك في صورتين جميعا انتهى . قلت : مورد أصل السؤال قول المصنف فبقى هبة المشاع لا قوله أو هبة شيء هو مشغول بملك الواهب ، وما ذكرته إنما يصلح توجيها لثاني دون الأول فلا يتم الجواب ، تأمل تقف . ثم إن صاحب العناية بعد أن ذكر السؤال والجواب المزبورين قال : وكان المصنف لما استشعر هذا السؤال أرفده بقوله أو هبة شيء مشغول بملك الواهب فهو كما إذا وهب الجواهر وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبه المشاع الحقيقي انتهى . أقول : فيه ركاسة ظاهرة ، لأن الجواب المزبور إن كان مقبولا عنده فاستشعار السؤال المسطور لا يقتضي إرداف الوجه الأول بشيء آخر لكون ذلك السؤال متدفعا عن الوجه الأول غير وارد عليه ، وإن لم يكن مرضيا عنده كان عليه بيان خلله ولم يبينه قط (قوله أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على أن يردّ عليه شيئا منها أو يعوضه شيئا منها فالحبة جائزة والشرط باطل) قال صاحب النهاية : هذا على طريق ألف والتشديد وإلا

كان بإبطاله وجعل الحمل موهوبا (وهابنا التدبير يمنع عن ذلك فبقى هبة المشاع) وهي لا تجوز . فإن قيل : هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة . أجب بأن عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فأنزل مفعلا في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة ، وكان المصنف لما استشعر هذا السؤال أرفده بقوله (أو هبة شيء هو مشغول بملك الواهب) فهو كما إذا وهب الجواهر وفيه طعام الواهب ، وذلك لا يصح كهبه المشاع الحقيقي . فإن قيل : هل يصح أن يجعل مسألة التدبير مشابهة بالاستثناء ومسئلة الإعاق غير مشابهة ؟ قلت : نعم إذا أريد بالاستثناء التكميل بالباقي بعد التثنية ، فإن الاستثناء بهذا التصدير يورث الشيوع ، ومسئلة التدبير كذلك كما مر فكانتا متشابهتين ، والإعاق لا يورث ذلك فلم يشابهه ، والمصنف أوردنا الاستثناء استثناء الحمل ، ومسئلة الإعاق تشابه في جواز الهبة والتدبير لم يشابه كما تقدم (فإن وهبها له على أن يردّها عليه أو على أن يعقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على أن يردّ عليه شيئا منها أو يعوضه شيئا منها فالحبة جائزة والشرط باطل) ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يردّ عليه شيئا منها أو يعوضه شيئا منها لأن

البيع ، لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ، ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعدل في المعاوضات دون التبرعات . قال (ومن له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهي لك أوأنت منها يرى . أوقال إذا أديت إلى النصف فلك نصفه أوأنت برىء من النصف الباقي فهو باطل) لأن الإبراء تمليك من وجه إسقاط من وجه ، وهبة الدين ممن عليه إبراء ، وهذا لأن الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ،

لا يصح : أعني أن قوله على أن يردّ عليه شيئا متصل بقوله أو وهب له دارا ، وقوله أو يعوّضه شيئا منها متصل بقوله أو تصدق عليه بدار ، وإنما قلنا هذا لأنه لو وصل قوله أو يعوّضه شيئا منها بقوله أو وهب دارا كان هبة بشرط العوض والهبة بشرط العوض صحيح كما مر ، وإنما لا يصح اشتراط العوض في الصدقة لا في الهبة ، وذلك إنما يكون أن لو كان اشتراط التصويض موصولا بقوله أو تصدق عليه بدار . اللهم إلا أن أراد بقوله أو يعوّضه شيئا منها أن يردّ بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار ، فيصح حينئذ صرف قوله أو يعوّضه شيئا منها إلى قوله وإذا وهب دارا إلا أنه يزم التكرار المحض من غير فائدة شيء بقوله على أن يردّ عليه شيئا منها ، انتهى كلامه . وقد اتفقت أنه صاحب معراج الدراية كما هو ذاهبه في أكثر المواضع . أقول : في تحريرهما قصور إذ لا ينهب على ذي فطرة سليمة أن معنى قوله أو يعوّضه شيئا منها سببا بعد قوله على أن يردّ عليه شيئا منها وإنما هو أن يردّ بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض عن كل الدار ، والمعنى الآخر مما لا يساعده اللفظ إلا بتعسف بعيد ، وهو أن يرجع ضمير منها في قوله أو يعوّضه شيئا منها إلى ما هو غير مذكور هاهنا أصلا كلفظ الإعواض فيصير المعنى أو يعوّضه شيئا من الأعواض لا من الدار ، فاستبعاد إرادة المعنى الأول كما يشعر به لفظة اللهم إلا أن أراد بقوله أو يعوّضه شيئا منها أن يردّ بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار مما لا ينبغي بالنظر إلى نفس عبارة الكتاب . ثم إن هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير في هذه المسئلة قطعي في المعنى الأول فإنه قال فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يهب للرجل هبة أو يتصدق عليه بصدقة على أن يردّ عليه ثلثا أو ربعها أو بعضها أو يعوّضه ثلثا أو ربعها قال : الهبة جائزة ولا يردّ عليه ولا يعوّضه شيئا منها ، إلى هنا لفظه . ولا شك أن ثلث الدار أو ربعها بعض منها ، فاستبعاد إرادة ذلك المعنى بل تجوز إرادة معنى آخر بالنظر إلى لفظ الجامع الصغير الذي هو مأخذ عبارة الكتاب خطأ ظاهرا ، لكن بقي لزوم التكرار وسند ذكر ما يتعلق به ، وكان الإمام الزملي تنبه لهاسية الاستبعاد الذي يشعر به لفظة اللهم الواقعة في كلام الشارحين المذكورين حيث غير في شرح الكنز أسلوب تحريرهما فقال وقوله أو يعوّضه شيئا منها فيه إشكال ، فإنه إن أراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائز أن فلا يستقيم قوله بطل الشرط ، وإن أراد به أن يعوّضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرر محض لأنه ذكره بقوله على أن يردّ عليه شيئا منها انتهى كلامه . أقول : ولو اطلع على أصل هذه المسئلة وهو ما ذكر في الجامع الصغير لترك التردد أيضا ، بل قصر على الشق الثاني لكون ذلك نصا في هذا الشق كما نهت عليه آقا . ثم إن صاحب العناية كأنه قد اطلع على أصل المسئلة أيضا حيث لم يتعرض للشق الأول أصلا ، بل ساق كلامه على أن يتقرر الشق الثاني ولا يلزم التكرار فقال : ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يردّ عليه شيئا منها أو يعوّضه لأن الردّ عليه

الردّ عليه لا يستلزم كونه عوضا ، فإن كونه عوضا إنما هو بالفاظ تقدم ذكرها ، وإنما بطل الشروط لأنها فاسدة لخالفاتها مقتضى العقد ، لأن مقتضاها ثبوت الملك مطلقا بلا توقيت ، فإذا شرط عليه الرد أو الإعتاق أو غير ذلك فمقتضىها ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة . وأصل ذلك ما روي وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز المعري أو أبطل شرط المعمر في رجوعها إليه بعد موت المعمر لموجعها ميراثا لورثة المعمر له ؛ بخلاف البيع فإنه يبطل بالشروط الفاسدة لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرطه ، ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يجعل في المعاوضات والهبة ليست منها . قال (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهي لك أوأنت منها يرىء من النصف فلك نصفه أوأنت برىء من النصف

ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان إسقاطا ، ولهذا قلنا إنه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول :

لا يستلزم كونه عوضا ، فإن كونه عوضا إما هو بألفاظ تقدم ذكرها انتهى . أقول : فيا قاله نظر ، لأن الرد عليه وإن لم يستلزم التعويض البتة ولم يخص به إلا أنه يشمل ذلك ويعمه ، إذ يصدق على كل شيء من الدار الموهوبة إعطاء الموهوب له الواهب عوضا عن كل الدار أنه مردود على الواهب ، فكان قوله على أن يرد عليه شيئا منها مفتيا عن قوله أو يعوضه شيئا منها فلم يكن في ذكر الثاني فائدة ، وهذا مراد من ادعى لزوم التكرار على تقدير كون قوله أو يعوضه شيئا منها مصروفا أيضا إلى الهبة دون التصديق ، وليس مراده ادعاء لزوم الاتحاد في المفهوم أو في الصديق بين القولين المزبورين على ذلك التقدير حتى يفيد ما ذكره صاحب العناية . قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام : رأيت في بعض الحواشي أن قوله أو يعوضه شيئا منها يرجع إلى التصديق ، فإنه إذا تصديق العوض بطل الشرط ، وإذا ذهب بشرط العوض فالشرط صحيح . أقول : إذا ذهب بشرط أن يعرض شيئا فالشرط باطل ، وشرط العوض إنما يصح إذا كان معلوما ، فلمن أن قوله أو يعوضه يرجع إلى الهبة والصدقة ، إلى هنا كلامه . وأقول : للتوجيه الذي ذهب إليه صدر الشريعة خلاف ما أراده واضع هذه المسئلة ، فإن واضعها الإمام محمد رحمه الله وموضعها الجامع الصغير ولفظه فيه : أو يعوضه ثلثا أو ربعا ، ولا ينبغي أن تلت الدار أو ربعا أمر معين معلوم ، فكان وضع المسئلة فيا إذا كان العوض معلوما ، إلا أن مشايخنا المصنفين لما قعدوا الإجمال غيروا عبارة الجامع الصغير في هذه المسئلة فقالوا : أو يعوضه شيئا منها ، فلفظ شيئا من كلامهم لا من كلام الواهب حتى يتوهم اشتراط العوض المجهول . ثم إن بعض العلماء رد على صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال : فيه كلام ، وهو أن المفهوم من هذا القول أنه إذا ذهب بشرط أن يعوضه شيئا معيننا من الموهوب يصح الشرط ، لأن العوض معلوم مع أنه ليس كذلك ، إذ قد صرح في غاية البيان بأنه إذا ذهب دارا أو خمسة دراهم بشرط أن يعوضه بيتا معيننا أو درهما واحدا من تلك الدراهم تصح الهبة والشرط فاسد ، لأن بعض الهبة لا يصلح أن يكون عوضا والواهب أن يرجع في هبته لانعدام العوض . وقال ذلك البعض : ومن هذا يظهر فساد ما في بعض الحواشي أيضا كما لا ينبغي انتهى . أقول : كلامه ناشئ من عدم تحقيق المقام وفهم المرام ، فإن مدار ما رآه صدر الشريعة في بعض الحواشي وما ذكره نفسه في رد ذلك على أن يكون المراد بالتعويض في قوله أو يعوضه شيئا منها هو التعويض بعوض خارج عن العين الموهوبة ، فالمفهوم مما ذكره صدر الشريعة وما ذكر في بعض الحواشي إنما هو كون شرط التعويض المعلن الخارج عن العين الموهوبة صحيحا ، والأمر كذلك بلا ريب ، وما صرح به في غاية البيان بل في عامة المعطيات هو أنه إذا شرط الواهب أن يعوضه بعضا من العين الموهوبة تصح الهبة ويقسد الشرط ، وهذا أيضا أمر مقرر إلا عند زفر ، ولكن كون الشرط صحيحا في هذه الصورة ليس مفهوما مما ذكره صدر الشريعة ولا بما ذكر في بعض الحواشي ، فلا يرد عليهما ما توهمه ذلك البعض . ثم يرد على مدارهما أنه مما لا يساعده اللفظ أصلا في أصل وضع هذه المسئلة كما نهت عليه فيا مر ولكنه كلام آخر فليتأمل جدا ، فإن تحقيق هذا المقام على هذا النوال والتدقيق فيا صدر عن القوم من

الباقى فهو باطل ، لأن الإبراء تمليك من وجه لارتداد بالرد ، إسقاط من وجه لأنه لا يتوقف على القبول ، وهبة الدين من عليه إبراء لأنه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تمليكا من وجه إسقاطا من وجه . والتعليق بالشروط يخص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعاقق فلا يمتد إلى ما فيه تمليك . فإن قيل : قولهم هبة الدين من عليه الدين لا يتوقف على القبول منقوض بدين الصرف والسلام فإن رب الدين إذا أبرأ الدين منه أو وهبه له توقف على قبوله . أجب بأن توقفه على ذلك لا من حيث أنه هبة الدين بل من حيث أنه يوجب انقضاء العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف ، وأحد العاقدتين لا ينفرد بفسخه فلهذا توقف على القبول (قوله قلنا إنه يرتد بالرد) يفيد إطلاقه أن عمل الرد في المجلس وغيره سواء هو المروي عن السلف .

والتعليق بالشروط يخص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعناق فلا يتعداها . قال (والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده) لما روينا ، ومعناه أن يجعل داره له عمره ، وإذا مات تردّ عليه فيصبح التملك ويطلب الشرط لما روينا وقد بينا أن الحبة لا تبطل بالشروط الفاسدة (والرقي باطلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف : جائزة) لأن قوله دارى لك تملك . وقوله رقي شرط فاسد كالعمرى : ولهما وأنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وردّ الرقي ، ولأن معنى الرقي عندهما إن متّ قبلك فهو لك ، واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته ، وهذا تعليق التملك بالخطر فبطل ، وإذا لم تصح تكون عارية عندهما لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به ؛

الأقوال مما لم أسبق إليه ، فاشكر الله تعالى وأتوكل عليه (قوله والتعليق بالشروط يخص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها) قال صاحب العناية : هذا إشارة إلى أن من الإسقاطات المحضة ما لا يحلف بها كالخبر على المأذون وعزل الوكيل والإبراء عن الدين منها . أقول : في قوله والإبراء عن الدين منها غلط ظاهر ، إذ قد مرّ أنّ الإبراء تملك من وجه إسقاط من وجه ، فكيف يكون من الإسقاطات المحضة فكانه غفل عن قيد المحضة : وهذا عجيب منه (قوله وقال أبو يوسف : جائزة لأن قوله دارى لك تملك وقوله رقي شرط فاسد كالعمرى) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : وعند أبي يوسف جائزة ، لأن قوله دارى لك حبة وقوله رقي شرط فاسد ، لأنه تعليق بالخطر إن كان الرقي مأخوذاً من المراقبة ، وإن كان مأخوذاً من الإرقاب فكانه قال رقية دارى لك فصار كالعمرى انتهى . أقول : في الصورة الثانية بحث ، إذ على تقدير أن يكون معنى قوله دارى لك رقي عندكون الرقي مأخوذاً من الرقية رقية دارى لك لا يثبت قوله ، وقوله رقي شرط فاسد إذ لا فساد لأن يقال رقية دارى لك في شيء كما ترى ولا يتم قوله فصار كالعمرى كما لا يخفى (قوله ولأن معنى الرقي عندهما إن متّ قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة الخ) قال صاحب العناية : يشير إلى أن أبا يوسف قال يجوزها لا بهذا التصير بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقية كما ذكرنا . وقيل عليه أن اشتقاق الرقي من الرقية مما لم يقل به أحد ، وإبداع الشيء في اللغة بعد استقرارها

وقال بعضهم : يجب أن يردّه في مجلس الإبراء والحبة . وقوله (بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها) هذا إشارة إلى أن من الإسقاطات المحضة ما لا يحلف بها : أي لا يعلق التعليق بالشروط كالخبر على المأذون وعزل الوكيل والإبراء عن الدين منها . ومنها ما يحلف بها (كالطلاق والعناق) وغيرها (والعمرى) وهو أن يجعل داره لشخص عمره ، فإذا مات تردّ عليه (جائزة) للمعمر له في حال حياته ولورثته من بعده لما روينا ، أنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى (وللشرط) وهو قوله فإذا مات تردّ عليه (باطل لما روينا) أنه عليه الصلاة والسلام أبطل شرط المعمر ، وبطلانه لا يؤثر في بطلان العقد لما بينا أن الحبة لا تبطل بالشروط الفاسدة فيكون قوله دارى لك حبة (والرقي) وهو أن يقول الرجل لغيره دارى لك رقي (باطلة عند أبي حنيفة ومحمد) لا نفيد ملك الرقية ، وإنما يكون عارية عنده يجوز للمعمر أن يرجع فيه ويبيعه في أي وقت شاء لأنه تضمن إطلاق الانتفاع (وعند أبي يوسف جائزة لأن قوله دارى لك حبة وقوله رقي شرط فاسد) لأنه تعليق بالخطر إن كان الرقي مأخوذاً من المراقبة وإن كان مأخوذاً من الإرقاب فكانه قال : رقية دارى لك فصار كالعمرى (ولهما) ما روى الشعبي عن شريح (أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وردّ الرقي) ولأن معنى الرقي عندهما أن يقول : إن متّ قبلك فهو لك أخذت من المراقبة كأنه يراقب موته ، وهذا تعليق بالخطر فيكون باطلاً (وقوله لأن معنى الرقي عندهما يشير إلى أن أبا يوسف قال

(قوله فيكون قوله دارى لك حبة) أقول : قوله حبة خبر يكون (قوله وإنما يكون عارية عنده يجوز للمعمر أن يرجع الخ) أقول : فيه بحث ، وظاهر المعنى .

(فصل في الصدقة)

قال (والصدقة كالمبة إلا بالقبض) لأنه تبرع كالمبة (فلا تجوز في مشاع يحتل القسمة) لما بينا في المبة (ولا رجوع في الصدقة) لأن المقصود هو الثواب وقد حصل ، وكذا إذا تصدق على غنى استحسانا لأنه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب ، وكذا إذا وهب الفقير لأن المقصود الثواب وقد حصل .

لأجل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن : إلى هنا كلامه . أقول : لاشك أن المصنف يشير بقوله المذكور إلى أن أبا يوسف قال يجوزها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر ، ولكن ليس مراده بتفسير آخر ما ذكره الشارح الزبور وهو أن يجعلها من الرقية حتى يتجه عليه أن اشتقاق الرقي من الرقة مما لم يقل به أحد ، بل مراده بذلك ما نبه عليه صاحب الكافي وجمهور الشراح بقوله : وحاصل الاختلاف بينهم راجع إلى تفسير الرقي مع اتفاقهم أنها من المراقبة . فحمل أبو يوسف هذا اللفظ على أنه تمليك للحال مع انتظار الواهب في الرجوع ، فالتمليك جائز وانتظار الرجوع باطل كما في العمرى . وقالوا : المراقبة في نفس التمليك لأن معنى الرقي هذه الدار لآخرنا موتا كأنه يقول : أراقب موتك وتراقب موتى فإن مت قبلك فهي لك وإن مت قبل فهي لي ، فكان هذا تعليق التمليك ابتداء بالخطر وهو موت المالئ قبله وذا باطل ، انتهى قولهم . فعلى هذا لا يتجه عليه أصلا ما ذكره صاحب العناية بقوله وقيل عليه أن اشتقاق الرقي من الرقة مما لم يقل به أحد الخ كما لا يخفى . ثم إن صاحب غاية البيان قال في هذا المقام : وعندى قول أبي يوسف أصبح ، إذ غاية ما في الباب أن يقال الشرط فاسد ، ولا يلزم من فساد الشرط فساد المبة لأن المبة لا تبطل بالشروط الفاسدة كما في العمرى انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن المبة إنما لا تبطل بالشروط الفاسدة إذا لم يمنع الشرط ثبوت التمليك ابتداء ، وأما إذا منع ذلك فلا مجال لأن لا تبطل المبة به ضرورة امتناع تحقق المبة بدون تحقق التمليك ، وفيما نحن فيه يمنع الرقي ثبوت التمليك ابتداء على تفسيرهما إياها كما تحققت آفأا ويؤيد هذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال : وصح العمرى للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده ، ولو قال دارى لك رقي أو حبيس فهو باطل عند محمد

يجوزها لا بهذا التفسير ، بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقة كما ذكرنا . وقيل عليه أن اشتقاق الرقي من الرقة مما لم يقل به أحد ، وإبداع الشيء في اللغة بعد استقرارها لأجل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن . فإن قيل : فاجوابهما عن حديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقي ؟ أجيب بأنه محمول على أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقي مفسرا بوجه واضح صحيح فاجاب بجوابه ، والله تعالى أعلم .

(فصل في الصدقة)

لما كانت الصدقة تشارك المبة في الشروط وتماثلها في الحكم ذكرها في كتاب المبة وجعل لها فصلا . قال (الصدقة كالمبة) الصدقة لا تتم إلا مقبوضة لأنها تبرع كالمبة فلا تجوز فيها يحتل القسمة مشاعا ، لما بينا في المبة أن الشيوخ يمنع تمام القبض المشروط ، ولا رجوع فيها لأن المقصود هو الثواب وقد حصل فصارت كهيئة عوض عنها ، وفيه تأمل فإن حصول الثواب في الآخرة أفضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بمحصوله . ويمكن أن يقال : المراد به حصول الوعد بالثواب فإذا تصدق

(فصل في الصدقة)

(قوله فإن حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بمحصوله) أقول : كان يمكن في الإيراد أن يقال حصول الثواب إنما هو في الآخرة ، فكيف يصح أن يقال وقد حصل مع أنه مقطوع بالحصول فيها لأن الله تعالى لا يخلط المياد .

(ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة ، ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع) ويروى أنه والأول سواء ، وقد ذكرنا الفرق . ووجه الروايتين في مسائل القضاء (ويقال له أمسك ماتنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب ، فإذا اكتسب مالا يتصدق بمثل ما أنفق) وقد ذكرناه من قبل .

(كتاب الإجازات)

وأي حنيفة خلافاً لأبي يوسف . والأصل أن الشرط في الهبة إذا كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة ، وإن كان لا يمنع ذلك صح الهبة ويطلق الشرط ، ثم تفسر العمري أن يقول : جلست هذه الدار لك عرك فإذا مت فهي رد على فيصح الهبة . لأن هذا الشرط لا يمنع أصل التملك . وتفسير الحبيس أن يقول : هي حبيس عندي ، فإن مت فهي لك . وتفسير الرقي أن يقول : هذه الدار لآخرنا موتاً ، وهي من المراقبة لأن كل واحد منهما يراقب موت صاحبه كأنه يقول : أراقب موتك وتراقب موتي فإن مت فهي لك وإن مت فهي لي فهي باطلة ، لأن هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال ، إلى هنا كلامه فاضمحل ما قاله صاحب العناية .

(كتاب الإجازات)

لما فرغ من بيان أحكام تملك الأعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان أحكام تملك المنافع بعوض وهو الإجازة ، وقدم الأولى على الثانية لأن الأعيان مقدمة على المنافع ، ولأن في الأولى عدم العوض والعلم مقدم على الوجود . ثم لمقد الإجازة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث أنهما يقعان لازمين فلذلك أورد كتاب الإجازات متصلاً بفصل الصدقة ، كذا

على غنى بطل الرجوع استحساناً . وفي القياس له الرجوع لأن الغرض ثمة حصول العوض . ووجه الاستحسان أن الصدقة على الغنى قد يراد بها الثواب ، وإذا وهب لفقير فذلك لأن المقصود الثواب وقد حصل ، وعن هذا ذهب بعض أصحابنا إلى أن الهبة والصدقة على الغنى سواء في جواز الرجوع ، كما أنهما سواء في حق الفقير في علمه ، ولكن العامة قالوا : في ذكره لفظ الصدقة دلالة على أنه لم يقصد العوض ، والتصدق على الغنى لا ينافي القرية (قوله) ومن نذر أن يتصدق بماله (ن) ذكرنا هذه المسئلة مع وجوبها في مسائل القضاء فلا يحتاج إلى الإعادة هاهنا ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب .

(كتاب الإجازات)

لما فرغ من بيان أحكام تملك الأعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان أحكام تملك المنافع بعوض وهو الإجازة ، وقدم الأولى على الثانية لأن الأعيان مقدمة على المنافع ، وسند كرمعنى الإجازة لغة وشريعة ، وإنما جمعها إشارة إلى أنها حقيقة ذات أفراد ، فإن لما نوعين : نوع يرد على منافع الأعيان كالاستئجار للدور والأراضي والدواب . ونوع يرد على العمل

(كتاب الإجازات)

(قوله وقدم الأولى على الثانية لأن الأعيان مقدمة على المنافع) أقول : والعلم أيضاً مقدم على الوجود ، وأيضا تجري الهبة من الإجازة بجري المفرد من المركب حيث لا يشترط فيها العوض أو حيث تلزم هي دون الهبة (قوله ذات أفراد) أقول : للتأخر أن يقال ذات أنواع (قوله نوع يرد على منافع الأعيان) أقول : أي للمنافع التي ليست من الأعمال .

(الإجارة عقد على المنافع بعوض)

في الشروح . قال صاحب العناية : وإنما جمعها إشارة إلى أنها حقيقة ذات أفراد . فإن لما نوعين : نوع يرد على منافع الأعيان كاستئجار الدور والأراضي والنبوت ، ونوع يرد على العمل كاستئجار الحرفين للأعمال نحو القصارة والخياطة ونحوها اه . أقول : فيه اختلال ، لأنه إن أراد بالأفراد في قوله ذات أفراد الأشخاص الجزئية كما هو المتبادر من لفظ الأفراد لم تحصل فائدة في جمعها ، إذ لا يمتثل عند أحد أن يكون لحقيقتها فرد واحد شخصي أو فردان شخصيان فقط حتى يجمعها للإشارة إلى أنها ذات أفراد كثيرة . على أن قوله فإن لما نوعين لا يطابق المدعى حيث لا يمتثل كما لا يخفى . وإن أراد بالأفراد في قوله المزبور الأنواع الكلية لم يتم بيانه بقوله فإن لما نوعين الخ ، إذ بمجرد تحقق النوعين لما لا يصح لإيرادها بصيغة الجمع على ما هو المذهب المختار من كون أقل الجمع ثلاثة . وأما الحمل على ما هو المذهب السخيف جدا من كون أقل الجمع اثنين فما لا ينبغي أن يرتكب ويبنى عليه كلام المصنف الذي هو علم في التحقيق . فالحق عندي أن يقال : إنما جمعها إشارة إلى أن لها أنواعا مختلفة : نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالمدى كاستئجار الدور السكني ، ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صنع ثوب أو خياطة . ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتعيين والإشارة كاستئجار رجل لينقل هذا الطعام إلى موضع معلوم . وهذه الأنواع الثلاثة هي التي أشير إليها في الكتاب بقوله والمنافع تارة تصير معلومة بالمدى وتارة تصير معلومة بالتسمية وتارة تصير معلومة بالتعيين ، والإشارة على ما سيأتي تفصيلها عن قريب (قوله الإجارة عقد على المنافع بعوض) قال بعض الفضلاء : ولو قال تملك المنافع أو نحوه لكان أولى لعدم تناوله النكاح ، فإنه ليس بتمليك وإنما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعي بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله ، إلا أن يقال : المراد عقد تملك بقرينة الشهرة فليأمل اه كلامه . أقول : ليس هذا بسديد ، إذ لو قال تملك المنافع ونحوه لم يتفاوت الأمر ، فإن النكاح أيضا تملك قطعاً لا استباحة محضة ، وإلا لما وجب الاعتراض عنه بل لما جاز ، وقد أقصصوا عن هذا في أول كتاب النكاح حيث فسروا النكاح في الشرع في عامة الشروح بل المتون بأنه عقد موضوع لتمليك المنفعة ، وقالوا : المستوفى بالنكاح مملوك للمأخذ بدلالة جواز الاعتراض وبدلالة أنه اختص به انتفاعاً وحجراً . وقالوا : لا ينعقد النكاح بلفظ الإباحة والإحلال لأنه ليس بسبب ملك المنفعة . وما ذكره الزيلعي هاهنا في شرحه للكنز من أن النكاح ليس بتمليك وإنما هو استباحة المنافع بعوض مناقض لما أجمعوا عليه في كتاب النكاح من أن النكاح تملك ، حتى أن صاحب الكنز نفسه أيضاً صرح في أول النكاح بأنه عقد يرد على تملك المنفعة قصداً ومخالفاً لما تقرّر عندهم من أن الاعتراض لا يجوز في الإباحة ، فإن من أباح شيئاً فإنما يتلقه على ملك المبيع ، فلم يكن ذلك مما يعتد به ويلتفت إليه . والصواب أن ذلك البعض قال بعد كلامه المزبور : ثم اعلم أن ما ذكره الزيلعي من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو إباحة

كاستئجار الحرفين للأعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما . ومن عباسها دفع الحاجة بقليل من البدل ، فإن كل أحد لا يثقل على دار يسكنها وحام يتسل فيها ولعل تحمل أقاله إلى بلد لم يكن يبلغه إلا بمشقة النفس . وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المتدور بتماثلها . وأما شرطها فعلمية البدلين . وأما ركنها فالإيجاب والقبول بلقطين ماضيين من الألفاظ المروضة لعقد الإجارة . وأما حكمها ودليل شرعيها فسيذكر إن شاء الله تعالى . قال (الإجارة عقد على المنافع بعوض الخ) بين المفهوم الشرعي

(قال للمصنف : الإجارة عقد على المنافع بعوض) أقول : ولو قال تملك المنافع أو نحوه لكان أولى لعدم تناوله النكاح فإنه ليس بتمليك وإنما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعي ، بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله ، إلا أن يقال : المراد عقد تملك بقرينة الشهرة فليأمل . ثم اعلم أن ما ذكره الزيلعي من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو إباحة مخالفاً لما سبق في أوائل كتاب النكاح من أنه سبب ملك المنفعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الإباحة قدر . ثم أقول : لم يقيد المنافع بالمعلومية كما فعله البعض قصداً إلى تعميق تعريف الإجارة الفاسدة ، حل أن من قبه إن أراد تعريف الصحيحة لم يصح لشموله الفاسدة بالشرط الفاسد وبالشيوخ الأصل ، وإن عم فلا حاجة إلى التقييد .

لأن الإجارة في اللغة بيع المنافع ،

خالف لما سبق في أوائل كتاب النكاح من أنه سبب ملك المتعة ولهذا لا يتعبد بلفظ الإباحة اهـ . ولا يخفى أن بين كلاميه تدافعا . فإن مدار الأول صحة ما ذكره الزيلعي ، ومقتضى الثاني علم صحته لكونه مخالفا لما تقرر فيما سبق . ثم أقول : يمكن أن يقال في دفع تناول تعريف الكتاب وغيره النكاح أن المصنف قال في أوائل كتاب النكاح : ولا يتعبد النكاح بلفظ الإجارة في الصحيح لأنه ليس بسبب ملك المتعة . وقال صاحب الكافي والشرح هناك : وعن الكرخي أنه يتعبد بلفظ الإجارة لأن المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة . وقد سمي الله تعالى العرض في النكاح أجرا بقوله تعالى - فأتوهن أجورهن - وهو يشعر بأنه مشاكل للإجارة . ولنا أن المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لا يتعبد إلا مؤبدا . والإجارة لا يتعبد إلا مؤقتة فبينها منافاة فأنى تصح الاستعارة ؟ انتهى كلامهم . فإذا كان للمملوك بالنكاح في حكم العين حتى لم يصح بذلك جعل لفظ الإجارة استعارة للنكاح لم يتناول تعريف الإجارة بأنها عقد على المنافع بعوض ، أو بأنها تملك المنافع بعوض أو بنحو ذلك للنكاح تأمل توقف . وقال في غاية البيان : وينبغي أن يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم إلى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لأن التوقيت يطله اهـ . أقول : وهذا أيضا ليس بسديد ، إذ على تقدير أن يقال كذلك يخرج من التعريف كثير من الإجازات كما يخرج النكاح ، فأنهم صرحوا بأن المنافع في الإجازات تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والأرض للزراعة ، وتارة تصير معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته ، وتارة تصير معلومة بالتحسين والإشارة كاستئجار رجل لينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم ، وتعيين المدة إنما يجب في القسم الأول من تلك الأقسام الثلاثة دون القسمين الآخرين منها ، فتخرج الإجازات المندرجة تحت هذين القسمين من تعريف الإجارة على الوجه المذكور فيختل قطعا (قوله لأن الإجارة في اللغة بيع المنافع) قال الشارح المعنى : قيل فيه نظر ، لأن الإجارة اسم للأجرة وهي ما أعطيت من كراه الأجير كما صرحوا به . قلت : قد بينت لك عن قريب أن الإجارة يجوز أن تكون مصدرا فيستقيم الكلام . اهـ . أقول : النظر المزبور ظاهر الورد ، لأن المذكور في كتب اللغة إنما هو أن الإجارة اسم للأجرة لا أمر آخر ، وإنما الذي هو بيع المنافع الإيجار ، وقد كان هذا خطأ بياني حتى كتبت في مسوداتي من تلقاء نفسي قبل أن أرى ما كتبه غيره . وأما الجواب الذي ذكره بقوله قلت قد بينت لك عن قريب الخ فليس بشيء ، لأن مراده بقوله قد بينت لك الخ ما ذكره في صدر كتاب الإجازات بقوله ولا يمنع أن تكون مصدرا منه كما تقول كتب يكتب كتابة بعد قوله وهو جمع إجارة فعالة بالكسر اسم للأجر بمعنى الأجرة ، من أجره إذا أعطاه أجره ، ولا ينهب عليك أن ذلك لا يبعد شيئا في الجواب عن النظر المزبور . إذ قد تقرر في علم الأدب أن مصدر الثلاثي سماعي لا قياس فيه ، فكون الكتابة مصدرا من كتب لا يقتضي كون الإجارة أيضا مصدرا من أجر ، فإن الكتابة سمعت مصدرا من كتب ، وأما الإجارة فلم تسمع مصدرا قط ، والكلام فيما سمع من أهل اللغة لاق الاحتيال العقل ، على أنه لو سلم مجيء الإجارة في اللغة مصدرا من أجره إذا أعطاه أجره كمجىء الأجر مصدرا منه لم يستقيم الكلام أيضا ، إذ لا تكون

قبل القوى لأن القوى هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان شرعيتها ، فالشرعي أولى بالتقديم . ولما كانت عبارة عن تملك المنافع وهي غير موجودة في الحال لم يقتض القياس جوازها ، إلا أنها جازت على خلاف القياس بالأثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالأثر ، ومن الآثار الدالة على صحته ما ذكره في الكتاب وهو قوله صلى الله عليه وسلم « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه » فإن الأمر بإعطائه الأجر دليل على صحة العقد . وقوله عليه الصلاة والسلام « من استأجر أجيرا فليعلمه أجره » وفيه زيادة

(قال المصنف : لأن الإجارة في اللغة بيع المنافع) أقول : فيه بحث . أما أولا فلا فائدة . لا بد من ضمنية لهذا التعليل حتى يتم ، كان يقال : ولم يثبت نقله في الشرع إلى معنى آخر . وأما ثانيا فلا فائدة . خالف لما في كتب اللغة كالغريب وغيره أنها اسم للأجرة (قوله لأن القوى هو الشرعي بلا مخالفة) أقول : فيه بحث (قوله فالشرعي أول بالتقديم) أقول : فيه بحث .

والقياس بأبي جوازها لأن العقود عليه المنفعة وهي معلومة ، وإضافة التملك إلى ما سيوجد لا يصبح إلا أنا جوازها لحاجة الناس إليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قوله عليه الصلاة والسلام « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه » وقوله عليه الصلاة والسلام « من استأجر أجيرا فليعلمه أجره » وتعتقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة ، والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط بالإيجاب بالقبول .

الإجارة حينئذ أيضا في اللغة بيع المنافع بل تكون إعطاء الأجر ، وقد قال المصنف : إن الإجارة في اللغة بيع المنافع فلا استقامة ، ثم إن صاحب العناية قال هاهنا : بين المفهوم الشرعي قبل الفئوى لأن الفئوى هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان شرعيها قال الشرعي أولى بالتقديم اهـ . أقول : فيه بحث ، لأن كون المفهوم الشرعي أولى بالتقديم بناء على أنه في بيان شرعيها لو تم لاقتضى تقديم المفهوم الشرعي على المفهوم الفئوى في جميع المواضع سواء كان المعنى الشرعي موافقا للمعنى الفئوى أو مخالفا له ، مع أن دأب المصنفين عن آخرهم جرى على تقديم بيان المعنى الفئوى على بيان المعنى الشرعي لكون الفئوى هو الأصل المتقدم ، فالوجه عندي هاهنا أن المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الإجارة في الشرع عقدا على المنافع بعوض ، ولكن طوى الصغرى فكانه قال : لأن معنى الإجارة في الشرع هو معناها في اللغة . ومعناها في اللغة بيع المنافع . ولا يفتى أن هذا المسلك يقتضى تقديم مفهومها الشرعي بناء على ما أشهر من تقديم المدعى على الدليل ، تدبر فإنه وجه حسن (قوله إلا أنا جوازها لحاجة الناس إليه وقد شهدت بصحتها الآثار) قال صاحب العناية في شرح هذا المخل : إلا أنها جوزت على خلاف القياس بالآثار لحاجة الناس فكان استحسانا بالآثار . أقول : في تقريره قصور ، إذ المتبادر من قوله إلا أنها جوزت على خلاف القياس بالآثار ، ومن قوله فكان استحسانا بالآثار أن ينحصر دليل شرعيها في الآثار وإلا لم تكن فائدة في ذكر قيد الآثار في الموضوعين ، وليس ذلك بمنحصر في الآثار بل في الكتاب أيضا دليل عليها كقوله تعالى « فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن » وكقوله تعالى حكاية عن شهب عليه السلام - أريد أن أتكلح إحدى ابنتي هاتين على أن تاجرني ثمانى حبيص - وكذا إجماع الأمة أيضا دليل عليها كما ذكر في الكافي وغيره ، بخلاف تقرير المصنف كما لا يفتى على القطع المتأمل (قوله وهي قوله عليه الصلاة والسلام « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه ») قال الشراح : فإن الأمر بإعطاء الأجر دليل على صحته . أقول : لقاتل أن يقول : سيأتى في باب الإجارة الفاسدة أنه يجب فيها أجر المثل ، إذ لا شك أن الواجب الشرعي مأمور بإعطائه من قبل الشرع ، فلم يكن الأمر بإعطائه الأجر دليل صحة العقد ، اللهم إلا أن يقال : وقع الأمر في الحديث المذكور بإعطاء الأجر المضاف إلى الأجير حيث قال « أعطوا الأجير أجره » . وذلك يفيد كون المراد بالأجر المأمور بإعطائه الأجر المسمى للأجير دون أجر المثل مطلقا ، والأمر بإعطائه الأجر المسمى للأجير لا يتصور إلا في الإجارة الصحيحة تبصر (قوله وتعتقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة ، والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط بالإيجاب بالقبول) قال بعض القضاة : لا بد أن يتأمل في هذا

بيان أن معلومة الأجر شرط جوازها (وتعتقد الإجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع) لأنها هي العقود عليه ، فالملك في البدلين أيضا يقع ساعة فساعة لأن المعاوضة تقتضى التساوى ، والملك في المنفعة يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكانا في بلدنا وهو الأجرة . فلان قيل : إذا كان كذلك وجب أن يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل أن ينقذ العقد فيها ، وإذا استأجر شهرا مثلا ليس له أن يتمتع بلا عذر . أجاب بقوله (والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط بالإيجاب بالقبول) إثراما للعقد في القدر المعين ،

(قال المصنف : والقياس بأبي جوازها) أقول : ذكر الضمير الراجع إلى الإجارة باعتبار أنها عقد (قال المصنف : وقد شهدت بصحتها الآثار) (وحول الخ) أقول : هو راجع إلى الآثار أو الآثار والتذكير باعتبار المجر (قال المصنف : وتعتقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة ، والدار أقيمت مقام المنفعة الخ) أقول : لا بد أن يتأمل في هذا المقام ، فإن الاعتقاد هو ارتباط القبول بالإيجاب ، فإذا حصل

ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة. (ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والأجرة معلومة) لما روينا ، ولأن الجهالة في العقود عليه وبذلك تنفص إلى المنازعة كجهالة الثمن والتمن في البيع (وما جاز أن يكون ثمنا في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة) لأن الأجرة ثمن المنفعة ، فتعتبر بضمن المبيع .

المقام ، فإن انعقاد هوارتباط القبول بالإيجاب ، فإذا حصل الارتباط بإقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد ، فأى معنى لانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك اه كلامه . أقول : جواب هذا الإشكال ينكشف جدا بما ذكره صاحب غاية البيان هاهنا حيث قال : والمراد من انعقاد الساعة فساعة في كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها في المحل ساعة فساعة لا ارتباط الإيجاب بالقبول كل ساعة وإن كان ظاهر كلام المشايخ يوم ذلك : والحكم تأخر من زمان انعقاد العلة إلى حدوث المنافع ساعة فساعة ، لأن الحكم قابل للتراخي كما في البيع بشرط الخيار . وفسر بعض مشايخنا على وجه آخر فقال : الافظان الصادران منهما مضافين إلى محل المنفعة وهو الدار صما كلاما وهو عقد بينهما ، إذ العقد فعلهما ولا فعل يصلو منهما سوى ترتيب القبول على الإيجاب ، ثم الانعقاد حكم الشرع يثبت وصفا لكلاهما شرعا ، والعلة الشرعية مغايرة للعلة العقلية ، فإنه يجوز أن تنفك عن معلولها ، فجاز أن يقال : العقد وجد وأنه عبارة عن كلاميهما والانعقاد تراخي إلى وجود المنافع ساعة فساعة ، بخلاف العلة العقلية . فإن الانكسار لا يصح انفكاكه عن الكسر ، إلى هنا كلام صاحب الفاية . فكان ذلك المستشكل لم ير هذا الكلام أو لم يقنع به ، وكلاهما مما لا ينبغي كما لا يخفى . ثم إن صاحب العناية جعل قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جوابا عن سؤال مقدر حيث قال بعد شرح قوله وتنفذ ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع . فإن قيل : إذا كان كذلك وجب أن يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل أن ينقذ العقد فيها ، وإذا استأجر شهرا مثلا ليس له أن يتمتع بلا عذر . أجاب بقوله والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول إلزاما للعقد في المقدار المعين انتهى كلامه وقد تبعه المبنى . أقول : فيه نظر لأنه إن تحقق انعقاد العقد في ذلك المقدار المعين كله بمجرد إقامة الدار مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول لم يظهر معنى قولهم وتنفذ ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع ، إذ يلزم حيث قد أن تنقذ في الساعة الأولى وهى ساعة العقد بالإيجاب والقبول وارتباط أحدهما بالآخر ، وإن لم يتحقق ذلك الانعقاد بمجرد تلك الإقامة بل حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما هو الظاهر من كلامهم يرد السؤال المقدر المزبور على قولهم وتنفذ ساعة فساعة ، ولا يتم قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جوابا عن ذلك السؤال ، بل يحتاج إلى جواب آخر كما لا يخفى ، فالأظهر أنه ليس مراد المصنف بقوله المذكور الجواب عن السؤال المزبور ، بل مراده به توجيه صحة العقد

(ثم يظهر عمل العقد وأثره في حق المنفعة) يعنى يترأخى حكم القبط إلى حين وجود المنفعة (ملكاً واستحقاقاً) يعنى يشتان معا (حال وجود المنفعة) بخلاف بيع المعين ، فإن الملك في المبيع يثبت في الحال ويتأخر الاستحقاق إلى نقد الثمن ، وجاز أن يتفصل حكم العقد عنه كما في البيع بشرط الخيار (ولا تصح الإجارة حتى تكون المنافع معلومة والأجرة معلومة لما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم «من استأجر أجيراً فليعلمه أجرة» فإنه كما يدل بعبارة على كون معلومية الأجرة شرطاً يندل بدلالته على اشتراط معلومية المنافع ، لأن العقود عليه في الإجارة هو المنافع وهو الأصل ، والمعقود به وهو الأجرة كالتبع كالتبع في البيع ، فإذا كان معلومية التبع شرطاً كان معلومية الأصل أولى بذلك (ولأن الجهالة في المعقود عليه وبذلك تنفص إلى المنازعة كجهالة الثمن والتمن في البيع) وهو واضح ، وما صلح أن يكون ثمنا في البيع صلح

الارتباط بإقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد فلى معنى لانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك ؟ (قال المصنف : وما جاز أن يكون ثمنا في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة) أقول : قال في المحيط البهاني : الأصل . فيه أن ما يصلح أن يكون ثمنا في البياعات يصلح أن يكون أجرة في الإجازات ، وما لا يصلح أن يكون ثمنا في البياعات لا يصلح أن يكون أجرة في الإجازات ، إلا المنفعة فإنها تصلح أن تكون أجرة إذا

وما لا يصلح ثمنا يصلح أجره أيضا كالأعيان .

في المنافع المدخومة على أصل أتمت كما فصل في الكافي ومائات الشروح ، سبأ في غاية البيان فإنه قال فيها : بيان ما قلنا هو أن العقد لا يبدل من محل ، لأن المحل شرط صحة العقد لأن العقود لا تصح بلا محل . ولهذا قال الفقهاء : المحال شروط ، وعلى العقد هنا هي المنافع وهي مدخومة ، ولا يصلح المعلوم محلا للعقد فجعلت البدل محلا للعقد بإقامته مقام المنافع التي ستوجد ، لأن البدل محل المنافع تصحيحا للعقد حتى يرتبط الكلامان وهما الإيجاب والقبول أحدهما بالآخر على وجه يكونان علة صالحة في إفادة الحكم وهو ملك المنافع التي ستوجد انتهى فتدبر (قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح أجره أيضا كالأعيان) أي كالأعيان التي ليست من ذوات الأمثال كالحيوان والنبات مثلا ، فإنها إذا كانت معينة صلح أن يكون أجره كما إذا استأجر دارا بثوب معين . وإن كان لا يصلح ثمنا ، لما تقرر في البيع أن الأموال ثلاثة : تمن محض كاللوازم ومبيع محض كالأعيان التي ليست من ذوات الأمثال وما كان بينهما كالمكيلات والموزونات ، كلها في الشروح . قال صاحب العناية : وفيه نظر ، فإن المقايضة بيع وليس فيها إلا العين من الجانبين ، فلم تصلح العين ثمنا كانت يبيعا بلا ثمن وهو باطل . ويمكن أن يجاب عنه بأن النظر على المثال ليس من دأب المناظرين ، فإذا كان الأصل صحيحا جاز أن يمثل بمثل آخر فليمثل بالمنفعة فإنها تصلح أجره إذا اختلف جنس المنافع ، كما إذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح ثمنا أصلا ، إلى هنا كلامه . أقول : لا النظر شيء ولا الجواب . أما النظر فلا نمراد المصنف بالثمن هاهنا ما يجب في النعمة ، وعن هذا ترى صاحب الكافي وكثيرا من الشراح يقولون بعد قولهم لأن الأجرة عوض مالي فيتمتع بوجود المال . وأما الثمن فهو ما يجب في النعمة فيختص بما يثبت في النعمة . ولقد أفصح عنه صاحب العناية نفسه أيضا فيها بعد حيث قال : إن الثمن مشروط بكونه مما يجب في النعمة فيختص بذلك بخلاف الأجرة ، ولا شك في عدم صلاحية الأعيان التي ليست من ذوات الأمثال لأن تكون ثمنا بهذا المعنى ، ولا في عدم بطلان أن تكون المقايضة يبيعا بلا ثمن بهذا المعنى ، ألا يرى أن الشارح المذكور نفسه قال في أول كتاب البيوع : وأنواع البيع أربعة : بيع السلعة يمثلها ويسمى مقايضة ، وبيعها بالدين أمضى الثمن ، وبيع الثمن بالثمن كبيع التقدين ويسمى الصرف ، وبيع الدين بالعين ويسمى سلما انتهى . حيث جعل الدين مقابلا للعين ، وفسر الدين بالثمن ، وجعل أحد أنواع البيع وهو المسمى بالمقايضة مالا ثمن فيه أصلا . نعم للثمن معنى آخر وهو ما يكون عوضا عن المبيع ، نص عليه في المغرب وغيره ، وذلك المعنى يعم الدين والدين وهو الذي لا يتحقق البيع بدونه ، ويبطل كون المقايضة يبيعا بلا ثمن بذلك المعنى ، ولكنه ليس بمراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح أجره أيضا كالأعيان ، فلا يرد النظر المزبور عليه جدا . وأما الجواب فلا نمراد المصنف بالثمن إذ فيه اعتراف ببطلان المثال الذي ذكره للمصنف وحاشا له . ثم أقول : بقي هاهنا شيء ، وهو أن نقائل أن يقول لاشك أن مراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح أجره أيضا هو ما يجب في اللزمة وأن تخيله مالا يصلح ثمنا بقوله كالأعيان صحيح على هذا المعنى المراد ،

أن يكون أجره ، لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بضمن المبيع وليس كل ما يصلح ثمنا لا يصلح أجره ، لأن بعض ما لا يصلح ثمنا كالأعيان التي هي ليست من ذوات الأمثال كالحيوان والنبات مثلا إذا كانت معينة صلح أن يكون أجره ، كما إذا استأجر دارا بثوب معين . وإن كان لا يصلح ثمنا ، وفيه نظر فإن المقايضة بيع وليس فيها إلا العين من الجانبين ، فلم تصلح العين ثمنا كانت يبيعا بلا ثمن وهو باطل . ويمكن أن يجاب عنه بأن النظر على المثال ليس من دأب المناظرين ، فإذا كان الأصل صحيحا جاز أن يمثل بمثل آخر فليمثل بالمنفعة فإنها تصلح أجره إذا اختلف جنس المنافع ، كما إذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا

اختلف الجنس ولا تصلح ثمنا انتهى . وهذه العبارة أحسن من عبارة المصنف (قوله كالحيوان والنبات مثلا) أقول : قال في المحيط البرهاني في الفصل الأول من الإجازات : وإذا كانت الأجرة عوضا أو ثيابا يشترط فيه جميع شرائط السلم وفي هذا كله إذا كانت الأجرة عيننا لإعلامه بالإشارة ، وإذا كانت الأجرة حيوانا لا يجوز إلا إذا كانت عيننا انتهى (قوله أو ثيابا) يعني بالثياب ما ليس له مثل كما علم من

فهذا اللفظ لا يبنى صلاحية غيره لأنه عوض مالى (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور ، للسكنى والأرضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة أى مدة كانت) لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً إذا كانت المنفعة لاتتفاوت . وقوله أى مدة كانت إشارة إلى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة إليها عسى ،

لأنه لم يحمل الثمن الواقع في لفظ القدورى وهو قوله وما جاز أن يكون ثمننا في البيع جاز أن يكون أجرة على المعنى الذى يعم الدين والعين ، وهو العوض المقابل للمبيع كما حل الزيلعى الثمن الواقع في قول صاحب الكنز ، وما صح ثمننا صح أجرة على ذلك المعنى الأهم ، مع أن ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة القدورى بقوله لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثن المبيع يتحمل التعمم لصورتي الدين والعين كما ترى . ويمكن أن يجاب عنه بأنه لما كان المتبادر من لفظ الثمن في عرف الفقهاء هو معنى ما يجب في الذمة وكان لفظ القدورى غير موفى حق المقام على تقدير حل الثمن على المعنى الآخر العام للعين أيضاً فإن ما لا يجوز أن يكون ثمننا في البيع على المعنى العام للعين جاز أن يكون أجرة أيضاً كالمنفعة فإنها لاتصلح ثمننا في البيع أصلاً وتصلح أجرة فيها إذا اختلف جنس المنافع كما صرحوا به . حل المصنف لفظ الثمن الواقع في مسئلة القدورى على ما هو المتبادر منه وقال : تنصبا لما نيك المسئلة وما لا يصلح ثمننا يصلح أجرة أيضاً كالأعيان ، كما قال الشيخ أبو نصر البهادرى في شرح مختصر القدورى ، وهذا الذى ذكره ليس على وجه الحد وأنه لا يجوز غيره ، يبين ذلك أن الأعيان لاتكون أثماناً وتكون أجرة ، وإنما ذكر ذلك لأنه هو الغالب ، إلى هنا لفظه . ولكن الإحصاف أن المنفعة كانت حقيقة بأن تذكر في تمثيل ما لا يصلح ثمننا ويصلح أجرة ، فإن كون المنفعة مما يصلح أجرة أنشئ من كون الأعيان منه ، وليس ذلك مما يمكن أن يستفاد من مسئلة القدورى ، بخلاف كون الأعيان منه فإنه يمكن أن يستفاد منها بحمل الثمن على المعنى العام للعين أيضاً كما عرفت آنفاً (قوله لأنه عوض مالى) أى لأن الأجرة على تأويل الأجر عوض مالى فيعتمد وجود المال والأعيان مال فتصح أن تكون أجرة ، كلها في النهاية وغيرها . وقال صاحب العناية بعد ما شرح أهل على هذا النوال . ولقائل أن يقول الثمن عوض مالى الخ . ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالتقود والمقدرات الموصوفة التى يجب في الذمة ، بخلاف الأجرة ، إلى هنا كلامه . أقول :

تصلح ثمننا أصلاً (قوله فهذا اللفظ) يريد به قوله وما جاز أن يكون ثمننا في البيع (لا يبنى صلاحية غيره) كما ذكرنا (لأنه عوض مالى) فيعتمد وجود المال والأعيان والمنافع أموال فجاز أن تقع أجرة . ولقائل أن يقول : الثمن عوض مالى الخ . ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالتقود والمقدرات الموصوفة التى يجب في الذمة بخلاف الأجرة . قال (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة الخ) قد تقدم أن المنفعة لابد وأن تكون معلومة في الإجارة فلا بد من بيان ما تكون به معلومة ، فتارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والأراضى للزراعة مدة معلومة وكأنته ما كانت ، لأن المدة إذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة فيها معلوماً فتصح إذا كانت غير متفاوتة بأن سمى ما يزرع فيها . فإن ما يزرع فيها متفاوت ، فإذا لم يبين أقصى إلى الزرع المقصد العقد . ولا فرق بين طويل المدة وقصيرها عندنا إذا كانت بحيث يعيش إليها العاقدان ، لأن الحاجة التى جوزت الإجارة لما قد تمس إلى ذلك ، وهى مدة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالأجل في البيع ، وأما إذا كانت بحيث لا يعيش إليها أحد المتعاقدين فمنه بعضهم لأن الظن في ذلك عدم اللقاء إلى تلك المدة والظن مثل التيقن في حق الأحكام فصارت الإجارة مؤبدة معنى والتأيد يظلالها . وجوزوه آخرون منهم انحصاف لأن العبرة في هذا الباب بصيغة كلام المتعاقدين وأنه يقتضى التوقيت ، ولا معتبر بموت المتعاقدين أو أحدهما قبل انتهاء المدة لأنه قد يتحقق

تقرير الشارح (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة) أقول : فيلزم خلو البيع عن الثمن . فيها إذا باع للتجار بالدار إذ لا يجب العتار في الذمة كما لا يبنى .

إلا أن في الأوقاف لا يجوز الإجارة الطويلة كي لا يدعى المستأجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين هو المختار . قال (وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلا على صبح ثوبه أو خياطته أو استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما أو يركبها مسافة ماها) لأنه إذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد ،

ولقائل أن يقول : إذا كان الثمن مشروطا بكونه مما يجب في الذمة كانت الأجرة أيضا مشروطة بكونها ثمن المنفعة كما صرح به المصنف في تعليل مسئلة القدوري . فإن قيل : إن المشروط بذلك ثمن المبيع لا ثمن المنفعة . قلنا : فلقائل أن يقول إذا كان ثمن المنفعة مخالفا لثمن المبيع في أن يكون أحدهما مشروطا بشيء دون الآخر ، فهل يتم القياس المستفاد من قول المصنف لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع فليتم . وأورد بعض الفضلاء على الجواب الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال : فيلزم خلق البيع عن الثمن فيما إذا بيع الدار بالدار ، إذ لا يجب المقار في الذمة كما لا يجب اهـ . أقول : إن كان مراده بهذا الكلام مجرد إلزام صاحب العناية ببناء على ما قاله في نظره السابق من أنه لو لم تصلح العين ثمنًا كانت المقايضة فيما بآ ثمن وهو باطل فله وجه ، وإن كان مراده به إيراد إشكال على ذلك الجواب في الحقيقة فليس بصحيح ، إذ اللازم من الجواب المذكور خلق البيع عن الثمن بمعنى ما يجب في الذمة فيما إذا بيع الدار بالدار لا خلقه عن الثمن بمعنى عوض المقابل للمبيع في تلك الصورة ، والمحلور خلقه عن الثمن بالمعنى الثاني دون المعنى الأول كما بيناه من قبل (قوله وتارة تصير معلومة بنفسه) أي بنفس عقد الإجارة ، كذا ذكر الشراح قاطبة ولم ينقل حاشيتهم نسخة أخرى . وأما صاحب غاية البيان فقال بعد ذكر ذلك : وفي بعض نسخ المختصر : وتارة تصير معلومة بالتسمية . أقول : لعل الصواب هذه النسخة ، لأن المنافع لاتصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط ، بل إنما تصير معلومة بتسمية أمور كيبان الثوب وألوان الصبغ وقدره في استأجر رجل على صبح ثوب وبين الثوب وجنس الخياطة في استأجر رجل على خياطة ثوب وبين القدر المحمول وجنسه والمسافة في استأجر رجل دابة للحمل أو الركوب على ما أشار المصنف إلى ذلك كله حيث قال : لأنه إذا بين الثوب وألوان الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد ، فكما أن المنافع لاتصير معلومة في النوع السابق والنوع اللاحق بنفس العقد فقط بل إنما تصير معلومة في النوع السابق ببيان المدة وفي النوع اللاحق بالتعيين والإشارة ، كذلك لاتصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط ، بل إنما تصير معلومة فيه بتسمية ما لا بد منه من الأمور اللازمة للبيان كما أشير إلى بعضها في الأمثلة المذكورة ، فلم يكن لنسبة صيرورة المنافع معلومة في هذا النوع إلى نفس العقد وجه ظاهر . وعن هذا لاترى عبارة بنفسه مذكورة في شيء من الكتب المحترمة سوى نسخة هذا الكتاب على ما ذكره الشراح ، وإنما المذكور في سائر الكتب موضع بنفسه بالتسمية كما وقع في الكثر والمختار ، أو بذكر العمل كما وقع في الوقاية وبعض المتن (قوله وربما يقال الإجارة

في مدة يعيش إليها الإنسان غالبا ولم يعتبر ، كما إذا تزوج امرأة إلى مائة سنة فإنه متممة ولم يجعل بمنزلة التأيد ليصح النكاح وإن كان لا يعيش إلى هذه المدة غالبا وجعل ذلك نكاحا موثقا باعتبار الصيغة (قوله إلا أن في الأوقاف) يجوز أن يكون استثناء من قوله : أي مدة كانت ، وإنما لا يجوز في الأوقاف الإجارة إلى مدة طويلة وهي ما زادت على ثلاث سنين هو المختار كي لا يدعى المستأجر ملكها ، هذا إذا لم يشترط الواقف أن لا يؤجر أكثر من سنة ، وأما إذا شرط فليس للمتولى أن يزيد على ذلك ، فإن كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع إلى الحاكم حتى يحكم بما جازها . (وتارة تصير معلومة بنفسه) أي بنفس عقد الإجارة كما إذا استأجر رجلا على صبح ثوبه وبين الثوب ولون الصبغ وقدره ، أو استأجر خياطًا على خياطة ثوبه وبين الثوب وجنس الخياطة ، أو استأجر دابة للحمل أو الركوب وبين جنس المحمول وقدره والمسافة وتارة تصير معلومة بالتعيين والإشارة كما ذكر في الكتاب .

وربما يقال: الإجارة قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القطار والخياط، ولا بد أن يكون العمل معلوما وذلك في الأجير المشترك، وقد تكون عقدا على المنفعة كما في أجير الوجد، ولا بد من بيان الوقت. قال (وتارة نصير المنفعة معلومة بالتعيين والإشارة كمن استأجر رجلا، لينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم) لأنه إذا أراد ما ينقله والموضع الذي يحمل إليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد:

(باب الأجر متى يستحق)

قد تكون عقدا على العمل، إلى قوله: ولا بد من بيان الوقت) أقول: في هذا التقسيم نوع إشكال، إذ قد مر في صدر الكتاب أن الإجارة عقد على المنافع يعرض فكيف يصح تقسيمها إلى العقد على العمل وإلى العقد على المنفعة، وهذا يلزم منه تقسيم الشيء إلى نفسه وإلى غيره، اللهم إلا أن تحمل عبارة التقسيم على المساحة فيكون المراد الإجارة قد تكون عقدا على منفعة العمل وقد تكون عقدا على منفعة الأعيان لكنه غير منهم من نفس اللفظ كما لا يخفى. ثم أقول: كان حقا على المصنف أن يؤخر بيان هذا التقسيم الذي ذكره بعض المشايخ كصاحب الأصرار وغيره عن ذكر القسم الثالث من التقسيم المذكور في نفس الكتاب، وقد وسطه في البين كما ترى، وكان صاحب الكافي تنبه لساجدة هذا التحرير حيث أخر بيان هذا التقسيم المثنى عن تمام ذكر أقسام ذلك التقسيم المثلث. واعترض صاحب الغاية على قول المصنف كما في أجير الوجد حيث قال: ولنا فيه نظر لأن إجارة أجير الوجد أيضا عقد على العمل، ولكن يشترط فيها بيان المدة ولهذا جعله صاحب التحفة أحد نوعي الاستئجار على الأعمال كما ذكرناه آنفا، فلو قال صاحب المداية وقد تكون عقدا على المنفعة كاستئجار الدور والحوانيت ونحوها كان أولى اه كلامه. أقول: ليس هذا بشيء لأن إجارة أجير الوجد ليست بعقد على العمل ولهذا يستحق أجير الوجد الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل كما صرحوا به قاطبة كما سأتى في الكتاب، ولو كان عقدا على العمل لما استحقها بدون العمل بل إنما هي عقد على منافع نفسه مطلقا ولهذا لا يتمكن من إيجاب منافعه لغيره، وتعيين العمل في بعض الصور كرمي الغنم ونحوه لصرف المنفعة المستحقة إلى تلك الجهة، وسيظهر هذا كله في باب ضمان الأجير. وجعل صاحب التحفة ذلك أحد نوعي الاستئجار على الأعمال لا يكون لحجة على المصنف. ولومثل المصنف ما يكون عقدا على المنفعة باستئجار الدور ونحوها دون أجير الوجد لفات التنبيه على أن إجارة أجير الوجد من هذا القسم وهو مقصود لبقاء ذلك على البعض فتنبه، والله أعلم.

(باب الأجر متى يستحق)

قال صاحب النهاية: لما ذكر أن صحة الإجارة موقوفة على أن تكون الأجرة معلومة احتاج إلى بيان وقت وجوبها فذكره، وما يتعلق به من المسائل في هذا الباب اه كلامه. واتفق أثره في هذا التوجيه جماعة من الشراح، أقول: لا يخفى على ذي فطنة سليمة ركاسة هذا التوجيه وصحافته، إذ لا يستدعي ذكر مجرد أن صحة الإجارة موقوفة على كون الأجرة معلومة بيان وجوبها فضلا عن الاحتياج إلى بيان وقت وجوبها في باب على حدة، ألا يرى أن معلومية البديلين شرط في كثير من العقود، ولم يمتنع في شيء منها إلى بيان وقت الوجوب في باب على حدة. وقال صاحب الغاية: لما كانت الإجارة تخالف غيرها في تخلفه

(باب الأجر متى يستحق)

لما كانت الإجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب إفرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك

(باب الأجر متى يستحق)

(قوله وجب إفرادها) أقول: أي إفراد المخالفة.

قال (الأجرة لاتبج بالعقد وتستحق بأحد معان ثلاثة : إما بشرط التصجيل ، أو بالتعجيل من غير شرط ،

الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب إفراها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل اه كلامه . أقول : فيه شيء وهو أن تخلف الملك عن العقد يوجد في غيره أيضا كالمدة فإن الملك لا يثبت هناك أيضا بنفس العقد بل يتوقف على القبض كما مر ، وكالوصية فإن الملك هناك أيضا يتأخر إلى وقت الموت فلا يتم القول بأن الإجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط . ثم أقول : الأظهر أن يقال : لما كان وقت استحقاق الأجرة مما وقع فيه الاختلاف بين أئمة الشرع وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن إفراد باب لبيان استحقاق الأجرة وما يتعلق به من المسائل (قوله الأجرة لاتبج بالعقد) قال تاج الشريعة : أراد وجوب الأداء ، أما نفس الوجوب فيثبت بنفس العقد . وقال صاحب الكفاية : المراد نفس الوجوب لا وجوب الأداء ، وبيان ذلك إجمالا وتفصيلا . أما إجمالا فلأن الأجرة لو كانت عبدا فأعقته المؤجر قبل وجود أحد معان ثلاثة لا يمتنع ، فلو كان نفس الوجوب ثابتا لصح إعاقته كما في البيع . وأما تفصيلا فلأنه معاوضة فتعتبر المساواة ولم توجد في جانب المقود عليه لافض الوجوب ولا وجوب الأداء ، فكذا في جانب العوض انتهى . وقال صاحب النهاية : الأجرة لاتبج بالعقد : أي لاتبج تسليمها وأداؤها بمجرد العقد ، كذا وجبت ببط شيخي . وذكر في الذخيرة ما يؤيد هذا فقال : يجب أن يعلم أن الأجرة لاتملك بنفس العقد ولا يجب إيفاؤها إلا بعد استيفاء المنفعة إذا لم يشترط التعجيل في الأجرة سواء كانت الأجرة عينا أو ديناً ، هكذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع ، وفي كتاب التحرى . وذكر في الإجازات أن الأجرة إذا كانت عينا لاتملك بنفس العقد ، وإن كانت ديناً تملك بنفس العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل ، فاعلم المشايخ على أن الصحيح ما ذكره في الجامع وكتاب التحرى . وقال بعضهم : ما ذكره في الإجازات قول محمد أولاً ، وما ذكره في الجامع والتحرى قوله آخر ، إلى هنا لفظ النهاية . أقول : تأييد ما ذكر في الذخيرة كونه معنى عبارة الكتاب ما قاله صاحب النهاية ممنوع ، فإنه قال في الذخيرة : إن الأجرة لاتملك بنفس العقد قبل أن قال : ولا يجب إيفاؤها إلا بعد استيفاء المنفعة إذا لم يشترط التعجيل في الأجرة ، فعلم منه أن الأجرة لاتملك بنفس العقد عندنا كما لا يجب أدائها بنفس العقد فم ، بخلاف ما في الكتاب فإنه لم يذكر فيه شيء قبل أن قال الأجرة لاتبج في العقد ، فلو كان معناه الأجرة لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد لم يفهم منه أن الأجرة لاتملك بمجرد العقد ، إذ لا يلزم من عدم وجوب الأداء بمجرد العقد عدم تملكها بمجرد : ألا ترى أن الثمن مما يملكه البائع بمجرد عقد البيع بلا

وما يتعلق به من المسائل . قال (الأجرة لاتبج بالعقد الخ) قال صاحب النهاية : الأجرة لاتبج بالعقد ، معناه لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد ، وليس بواضح لأن بني وجوب التسليم لا يستلزم ثبوت التملك كالمبيع فإنه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن . والصواب أن يقال : معناه لاتملك لأن محمداً ذكر في الجامع أن الأجرة لاتملك ، وما لا يملك لا يجب إيفاؤها . فإن قلت : فإذا لم يستلزم ثبوت التملك كان أهم منه ، وإرادة الأخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الأهم عليه أصلاً . قلت : أخرج الكلام مخرج الغالب ، وهو أن تكون الأجرة مما يثبت في اللمة ، وثبوت الوجوب فيها هو يستلزم

(قال المصنف : الأجرة لا يجب بنفس العقد الخ) أقول : قال في الوقاية : ولا تجب الأجرة بالعقد بل بتسليمها انتهى . قال صدر الشريعة في شرحه : فإن المشايخ إذا عيّل الأجرة فالمعجل هو الأجرة الواجبة ، بمعنى أن لا يكون له حق الاسترداد انتهى . وفي الفصل الثالث من إجازات المحيط الإبرهاني : يجب أن يعلم أن الأجرة لاتملك بنفس العقد ولا يجب إيفاؤها إلا بعد استيفاء المنفعة إذا لم يشترط التعجيل في الأجرة سواء كانت الأجرة عينا أو ديناً ، هكذا ذكر محمد في الجامع وفي كتاب التحرى . وذكر في الإجازات أن الأجرة إذا كانت عينا لاتملك بنفس العقد ، وإذا كانت ديناً تملك بنفس العقد فتكون بمنزلة الدين المؤجل ، فاعلم المشايخ على أن الصحيح ما ذكر في الجامع وكتاب التحرى ، وبفهم قالوا ما ذكر في الإجازات قول محمد أولاً ، وما ذكر في الجامع والتحرى قوله آخر انتهى . (قوله فإن قلت : فإذا لم يستلزم ثبوت التملك كان أهم منه) أقول : الظاهر أن مراده الموم من وجه لوجود ثبوت التملك بوجوب التسليم في عين المشايخ بلا شرط التعجيل فإنها واجبة التسليم ولا تملك كما لا يخفى (قوله ليس بمجاز شائع) أقول : الشيوع لأنها (قوله نعم دلالة الأهم عليه أصلاً) أقول : إن أراد أنه لا يملك عليه بنفسه فلم ولا يفيد ، وإن أراد أنه لا يملك بقرينة ممنوع ، وإن شئت فراجع كتب علم البيان خصوصاً المفتاح وشرحه (قوله وهو يستلزم ثبوت التملك لا محالة) أقول : ممنوع ، فإن في سورة التعجيل يوجد الملك بلا وجوب .

أو باستيفاء المعقود عليه) وقال الشافعي : تملك بنفس العقد لأن المنافع المعلومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البذل . ولنا أن العقد ينتقد شيئا فشيئا على حسب حلول المنافع على ما بيننا والعقد معاوضة ، ومن قضيتها المساواة ، فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي

خيار ولا يجب تسليمه وأداؤه في الحال بمجرد ذلك في البياعات المؤجلة بل يتأخر إلى حلول الأجل ، فإذا لم يفهم منه ذلك لم يفد ما هو المذهب عندنا فزعم أن لا يتم . وقال صاحب العناية : قال صاحب النهاية : الأجرة لا يجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد ، وليس بواضح لأن نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالبيع فإنه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن ، والصواب أن يقال : معناه لا تملك لأن عمدا ذكر في الجامع أن الأجرة لا تملك وما لا يملك لم يجب لإفائه . وقال : فإن قلت : فإذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه ، وذكر الأعم وإرادة الأخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الأعم على الأخص أصلا . قلت : أخرج الكلام مخرج الغالب ، وهو أن تكون الأجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة انتهى كلامه . أقول : لا السؤال بشيء ولا الجواب . أما الأول فلأن ذكر الأعم وإرادة الأخص إنما ليس بمجاز شائع إذا لم تتحقق قرينة غصصة ، وأما إذا تحققت القرينة فذلك مجاز شائع وقوعه في كلمات القوم حتى تعرفاتهم التي يجب فيها التحرز مما يورث خفاء المراد ، وفيما نحن فيه قد تحققت القرينة على إرادة الأخص وهي قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد كما اعترف به الشارح المزبور حيث قال فيما بعد : يدل على هذا كله قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد وإلا لم يكن محل الخلاف متحدا . وأما الثاني فلأنه إن أراد بقوله ونفي الوجوب فيها أنه قصد نفي الوجوب في الذمة بدون أن يجعل مجازا عن نفي التملك لم يكن مطابقا لقوله . والصواب أن يقال : معناه لا تملك وإنما مورد السؤال ذلك ، وإن أراد به أنه جعل نفي الوجوب مجازا عن نفي التملك لعلاقة الاستلزام لم ينجح إلى قوله أخرج الكلام مخرج الغالب وهو أن تكون الأجرة مما يثبت في الذمة ، لأن الأجرة كلها سواء كانت عينا أو دينيا يملكها ، وإذا كان ما يثبت في الذمة منها هو الدين دون العين فنفي التملك بالعقد ينظم في جميع أنواع الأجرة ، ولا يختص بمأوه الغالب منها وهو الدين الثابت في الذمة حتى يحتاج إلى أن يقال : أخرج الكلام مخرج الغالب ، على أن قوله وهو يستلزم نفي التملك لا محالة ممنوع ، فإن النفي مما لا يجب في الذمة مع أنه مما يملك قطعا . وقال بعضهم : فإن في صورة التصجيل يوجد الملك بلا وجوب فتأمل (قوله وقال الشافعي : تملك بنفس العقد لأن المنافع المعلومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البذل) قال صاحب العناية

نفي التملك لا محالة ، وعلى هذا كان قوله يستحق بمعنى يملك يدل على هذا كله . وقال الشافعي : تملك بنفس العقد وإلا لم يكن محل الخلاف متحدا ، واستدل الشافعي بقوله لأن المنافع المعلومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الإجارة بأجرة مؤجلة ولولم تجعل موجودة كان ديننا بدين وهو حرام لا محالة ، وإذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود مقتضى انقضاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البذل . فإن قيل : الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة

(قوله وقال الشافعي : تملك بنفس العقد وإلا لم يكن محل الخلاف متحدا) أقول : ولك أن تقول : ارتكاب المجاز في موضع واحد أهون من ارتكابه في ثلاثة مواضع ، ويحصل اتحاد محل الخلاف أيضا ، فإن للرباد بنفس العقد للعقد الخالي عن المانع الثلاثة ، وبسليم العين المستأجرة إلى المستأجر يجب تسليم الأجرة للوَجَر عنه الشافعي فليأتمل . وفي شرح الحاوي للفتوى : اعلم أن الأجرة إذا كانت في الذمة فهي كالدين في الذمة في أنها إن شرط فيها التأجيل والتتبع كانت مؤجلة أو متبعة ، وإن شرط فيها التصجيل كانت معجلة ، وإن أطلق ذكرها تعجلت أيضا وملك جميعها المكري بنفس العقد واستحق استيفاءها إذا سلم العين إلى المستأجر لأنه عوض في معاوضة يتصل بشرط التصجيل ، فيحصل عنه الإطلاق كائن انتهى . (قوله لوجود مقتضى انقضاء المانع) أقول : ممنوع ، فإن انقضاء الوجود حقيقة ، مانع عنه .

في البذل الآخر . وإذا استوفى للمنفعة يثبت الملك في الأجر لتحقيق التسوية . وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل ، لأن المساواة تثبت حقاً له وقد أبطله

في حل هذا المخل: واستدل الشافعي بقوله لأن المنافع المعلومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الإجارة بأجرة مؤجلة ، ولو لم يجعل موجودة كان ديناً بليين وهو حرام لأحالة ، وإذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود مقتضى انتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البذل انتهى . وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله لوجود المقتضى وانتفاء المانع ممنوع ، فإن انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه انتهى . أقول : هذا الإيراد ساقط ، لأن المنافع المعلومة إذا جعلت موجودة في حكم الشرع يجب أن يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد ولا يبقى لانتفاء الوجود حقيقة صلاحية للمنع عنه ، لأن الشرع إنما يجعلها موجودة لأجل أن يترتب عليه ذلك الحكم ، فلو كان انتفاء وجودها حقيقة مانعاً عنه لزم أن يلغى جعل الشرع إياها موجودة وهذا خلف ، وعن هذا قالوا : وللشارع ولاية جعل المعلوم حقيقة موجوداً كما جعل النطفة في الرحم ولا حياة فيها كالحلي حكماً في حق الإرث والعق والوصية على ما ذكر في الكافي وعامة الشروح . نعم يرد على استدلال الشافعي كلام آخر من قبل أئمتنا كما أشير إليه في عامة المعبرات ، وهو أن جعل المعلوم موجوداً في الشرع إنما يكون فيما إذا دعت الضرورة إليه ، وفيما نحن فيه لا ندعو الضرورة إليه لإمكان تصحيح العقد بطريق آخر أوضح وأوسع منه وهو إقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدرار مثلاً مقام المنفعة في حق صحة الإيجاب والقبول ، ثم انتفاء العقد في حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع وإقامة السبب مقام المسبب أصل شائع في الشرع ، كإقامة السفر مقام المشقة وإقامة البلوغ مقام كمال العقل وهلم جرا من النظائر . ثم قال صاحب العناية : فإن قيل : الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد إلى إفادة الملك . فالجواب أن الضرورى إذا ثبت يستتبع لوازمه وإفادة الملك من لوازم الوجود عند العقد انتهى . أقول : في الجواب بحث ، لأنه إذا أراد أن إفادة الملك في الحال من لوازم الوجود عند العقد فهو ممنوع ، كيف وقد تقرر في ما مر أن حكم العقد يميز أن ينصل عنه كالتبعية بشرط الخيار فإن الملك فيه يترأى إلى وقت سقوط الخيار مع وجود المبيع عند العقد ، وإن أراد أن إفادة الملك ولو بعد زمان من لوازم ذلك فهو مسلم ، لكن هذا لا يفيد مدعى الشافعي ، فإن مدعاه أن الأجرة تملك في الحال . والجواب الزبور إنما هو لتصحيح مدعاه فلا يتم التقريب . واعترض بعض الفضلاء على الجواب المسطور بوجه آخر حيث قال : إن أراد أن إفادة الملك من لوازم الوجود حقيقة فسلم ولا يفيد ، وإن أراد أنها من لوازم الوجود ولو حكماً فغير مسلم انتهى . أقول : ما ذكره في كل من شق تردده ليس بسديد . أما الأول فلا لأنه سلم كون إفادة الملك من لوازم الوجود حقيقة مع أن إفادة الملك في الحال كما هو مدعى الشافعي ليس من لوازم الوجود حقيقة ، ألا يرى أن المبيع يجب أن يكون موجوداً حقيقة عند العقد مع أن البيع بشرط الخيار لا يفيد الملك في الحال كما مر . وأما الثاني فلأن الوجود الحكى لا يكاد أن يخالف الوجود الحقيقي في اللوازم الشرعية وإلا لم تحصل فائدة في جعل الشرع الوجود الاعتباري في حكم الوجود الحقيقي ، فلما سلم أولاً كون إفادة الملك من لوازم الوجود حقيقة لزمه تسليم كونها من لوازم الوجود حكماً أيضاً ، فالوجه الوجه في التردد وفي المنع والتسليم ما ذكرناه من قبل (قوله) وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل لأن المساواة تثبت حقاً له وقد أبطله (قال في العناية : واعترض بأن شرط التعجيل فاسد لأنه يخالف مقتضى العقد ، وفيه نفع لأحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد . والجواب أنه يخالف مقتضى

العقد إلى إفادة الملك . فالجواب أن الضرورى إذا ثبت يستتبع لوازمه ، وإفادة الملك من لوازم الوجود عند العقد . ولنا أن العقد يتعدى شيئاً فشيئاً على ما بينا ، والعقد : أى عقد الإجارة معاوضة بلا خلاف ، ومن قضية عقد المعاوضة المساواة . فمن ضرورة التراضي في جانب المنفعة التراضي في البذل وهو الأجر تحقيقاً للمساواة . وإذا استوفى للمنفعة

(قوله وإفادة الملك من لوازم الوجود عند العقد) أقول : إن أراد من لوازم الوجود حقيقة فسلم ولا يفيد ، وإن أراد من لوازم الوجود ولو حكماً

العقد من حيث كونه إجارة أو من حيث كونه معاوضة ، والأول مسلم ، وليس جواز اشتراط التمجيل باعتباره ، والثاني ممنوع ، فإن تمجيل البذل واشترائه لا يخالفه من حيث المعاوضة انتهى . أقول : في الجواب نظر ، أما أولاً فلأن حيثية كونه إجارة هي حيثية كونه معاوضة مخصوصة ، فما يخالف مقتضى العقد من إحدى هاتين الحيثيتين يخالف مقتضاه من الحيثية الأخرى ، فما معنى قوله والأول مسلم والثاني ممنوع ، وهما يستلزم تسليم الأول تسليم الثاني ومنع الثاني منع الأول . فإن قيل : مراده بحيثية كونه معاوضة حيثية كونه معاوضة مما مع قطع النظر عن خصوصيته فلا يلزم اتحاد الحيثيتين . قلنا : فيلزم أن تكون صفة اشتراط التمجيل في عقد الإجارة باعتبار كونه معاوضة ، مما مع قطع النظر عن خصوصية كونه إجارة . ولا يخفى أن ذلك الاعتبار لا يخطر ببال أحد من المتعاقدين عند اشتراط التمجيل ، على أنهما لو صرحا بأنهما لو شرطا التمجيل في عقد الإجارة من حيث أنه إجارة لم يفسد العقد قطعاً . وأما ثانياً فلأن قوله فإن تمجيل البذل واشترائه لا يخالفه من حيث المعاوضة غير تام ، فإن من قضية المعاوضة المساواة ، وبشرط تمجيل الأجرة قبل ثبوت الملك في العقود عليه تقوت المساواة كما لا يخفى . والأول

يثبت الملك في الأجر لذلك . وكذا إذا شرط التمجيل أو عجل بلا شرط ، لأن المساواة ثبتت حقاً له وقد أبطله . واعترض بأن شرط التمجيل فاسد لأنه يخالف مقتضى العقد ، وفيه نفع لأحد المتعاقدين ، وله مطالب فيفسد العقد به . والجواب أنه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه إجارة أو من حيث كونه معاوضة ، والأول مسلم وليس جواز اشتراط التمجيل باعتباره ، والثاني ممنوع . فإن تمجيل البذل واشترائه لا يخالفه من حيث المعاوضة . وعرض دليلنا بأن الإبراء عن الأجرة والارتياح عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ، ولولا الملك لما صحت . وأجيب بأن صفة الإبراء على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ممنوعة ، وجوزّه محمد لأن العقد سبب في جانب الأجرة إذ اللفظ صالح لإثبات الحكم به ، وعدم الانقضاء في جانب المنفعة لضرورة العلم ولا ضرورة في الأجرة فظهر الانقضاء في حقه ، ويصح الإبراء لوجوده بعد السبب ، وكذلك الكفالة كالكفالة بما يلوب له على فلان وصحة الرهن ، لأن موجب ثبوت يد الاستيفاء ، واستيفاء الأجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتمجيل أو اشتراطه فكذلك الرهن به . والجواب عن قوله ولولم يجعل موجودة كان ديناً بدين وهو حرام أن ذلك ليس بدين ، لأن الدين ما يكون في اللزمة والمنافع ليست كذلك ، على أنه أقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن ديناً بدين ، وهذا طريق مائع شائع لكونه إقامة السبب مقام السبب ، وأما جعل

غير مسلم (قوله فإن تمجيل البذل واشترائه لا يخالفه) أقول : فيه بحث ، وكيف لا يخالفه وقضيته المساواة ، وظاهر أن شرط التمجيل قبل ثبوت الملك في البذل الآخر يفوت المساواة . ثم بطل شرط التمجيل لاينافيها ، ولكن ذلك لا يفيد فليتأمل (قوله من حيث المعاوضة) أقول : كما في البيع (قوله لأن العقد سبب الخ) أقول : قال صاحب البدائع : ولأن الإبراء لا يصح إلا بالتبطل ، فإذا قيل المستأجر فقد قصد صفة تصرفها ، ولا صفة إلا بالملك فثبتت الملك بمقتضى . فالتصرف تصحيحاً له كما في قول الرجل لغيره أنت عبيد حتى بألف درهم فقال اعتقت انتهى . وفيه بحث ، فإنه لا يتوقف على التبول كما مر في أواخر الحية ، إلا أن يراد بالتبول معنى عدم الرد (قوله فظهر الانقضاء في حقه) أقول : إن أراد الانقضاء في حق الحكم فليس بمقتضى حق الحكم بل جامعاً لجملة ما ، وإن أراد غيره : فليبين على أنه يخالف لما سبق في كتاب الإقرار من أن قوله أبرأتني إقرار بالملك المدعى فليتأمل (قوله ويصح الإبراء المبرء به بعد السبب) أقول : الإبراء عن القصاص بعد الجرح (قوله والمنافع ليست كذلك) أقول : هذا ما لا يدل عليه من دليل . وفي البرازية تكادى دابة مساة بغير غيرها من كوفة إلى مكة ، وذكر شيخ الإسلام ليس تفسيره أن يواجر إبلاً بغير غيرها إلى مكة فإنه لا يجوز لأنه مجهول بل تفسيره ضمان ثقل المكاري المحولة ، وقد قال المستأجر أحلى على إبل إلى مكة أو أحلى أو أحل هذه المحولة ، فيكون المقود عليه في اللزمة ، ويفتق بالخواز العرف انتهى . وسيجىء من المصنف في آخر هذا الباب أن المستحق عمل في ذمته فراجعه ، إلا أنه ذكر في الخواص الجليلية دليل على أن المنفعة لا تكون ديناً ، فإنه قال : إن الدين عمله اللزمة ، وهو لا يلزم المنفعة في التهمة انتهى ، فتأمل فيه . وقال الإمام الزيلعي : وإنما جاز الاستحجار بالدين لأن العقد لم ينقضى في حق المنفعة فلم تصر المنفعة ديناً في ذمته فلا يجب بدلها أيضاً . وعند انعقاد العقد فيها وهو زمان حلوها تصير هي مقبوضة فلا يكون ديناً بدين أصلاً انتهى ، فتأمل في جميع ما ذكر .

في الجواب ما ذكر في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو أن شرط التعجيل في الإجارة لا يخالفه مقتضى العقد ، فإن عقد الإجارة يقتضى التعجيل كالبيع ، إلا أنه سقط لمانع وهو وجوب المساواة وهو حق المستأجر ، فإذا أسقط حقه بالتعجيل زال المانع فصح . ثم قال صاحب العناية : وعروض دليلنا بأن الإبراء عن الأجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ، ولو لا الملك لما صحته . وأجيب بأن صحة الإبراء على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ممنوعة ، وجوزّه محمد لأن العقد سبب في جانب الأجرة . إذ اللفظ صالح لإثبات الحكم به ، وعدم الانقضاء في جانب المنفعة لضرورة العلم ولا ضرورة في الأجرة فظهر الانقضاء في حقه . وبصح الإبراء لوجوده بعد السبب ، وكذلك الكفالة كالكفالة بما يلزوم له على فلان وصحة الرهن ، لأن موجب ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الأجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل أو إشرطه ، فكذا الرهن به انتهى كلامه . أقول : هذا كله مأخوذ من النهاية ، إلا أن التعليل المذكور لتجوز محمد رحمه الله الإبراء عن الأجرة ليس بسديد ، لأنه كما تحققت ضرورة في عدم الانقضاء في جانب المنفعة وهي كون المنافع معلومة كذلك تحققت ضرورة في عدم الانقضاء في جانب الأجرة أيضا وهي اقتضاء عقد المعاوضة المساواة . وعن هذا قال المصنف : والعقد معاوضة ، ومن قضيتها المساواة ، فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البذل الآخر ، فلا وجه لقوله ولا ضرورة في الأجرة فظهر الانقضاء في حقه ، على أن ذلك التعليل لا يمتنع أصلا فيما إذا كانت الأجرة منفعة أيضا من خلاف جنس المحقق عليه فإنه صحيح بالإجماع على ما صرح به في عامة المحتررات ، مع أن كلّا من البديلين معلوم هناك قطعاً فلا فرق في الجانبين أصلاً كما لا يخفى . وأورد بعض الفضلاء على قوله فظهر الانقضاء بوجه آخر حيث قال : إن أراد الانقضاء في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم بإجماع علمائنا ، وإن أراد غيره فليبين أنه على مخالف لما سبق في كتاب الإقرار من أن قوله أبرأتني إقرار بالمال المدعى فليأتمل انتهى كلامه . أقول : قد أخذ أصل لإبراده من البدائع وأنه ساقط . أما بيان أخذه من البدائع فلأن صاحب البدائع ذكر لقول محمد في جواز الإبراء عن الأجرة وجهين . وأجاب عن الثاني بما ذكره ذلك القائل هاهنا حيث قال : وجه قول محمد إن الإبراء لا يصح إلا بالقبول ، فإذا قبل المستأجر فقد قصدا صحة تصرفهما ولا صحة إلا بالملك ، فثبت الملك بمقتضى التصرف تصحيحاً له كما في قول الرجل لغيره أعتق عبدك حتى على ألف درهم فقال أعتقت ، ولأن الإبراء إسقاط وإسقاط الحق بعد سبب الوجوب جائز كالمنع عن القصاص بعد الجرح قبل الموت ، وسبب الوجوب هاهنا موجود وهو العقد المنعقد . والجواب أنه إن كان يعني بالانقضاء الانقضاء في حق الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بلا خلاف بين أصحابنا ، وإن كان يعني به شيئاً آخر فهو غير مقول . إلى هنا لفظ البدائع . وأما بيان أنه ساقط فلا أنه يجوز أن يراد بالانقضاء الانقضاء في حق المتعاقدين لا في حق الحكم كما أفصح عنه صاحب المحيط حيث قال : ومعنى جواز الإجارة على مذهبننا انقضاء العقد فيما بين المتعاقدين وهو الدرجة الأولى ، وانقضاءه في حق الحكم وهو الدرجة الثانية . وقال : ألا ترى أن البيع بشرط الخيار ينقذ فيما بين المتعاقدين ولا يفيد الحكم في الحال ، ثم فسر انقضاء العقد في حق المتعاقدين وانقضاءه في حق الحكم بما لا يزيد عليه ، ومن يطلب ذلك فليراجع محله وهو أواخر الفصل الأول من إجازات المحيط البرهاني . وأما ما ذكره ذلك المورّد في علالوته من حديث الخاقاني لما سبق في كتاب الإقرار فليس يتام أيضا ، إذ لا مخالفة بين المقامين أصلاً كما يظهر بالتأمل الصادق . ثم أقول : لو ترك صاحب البدائع قيد المنعقد عند تقرير أوجه الثاني من وجهي قول محمد رحمه الله بقوله وسبب الوجوب هاهنا موجود وهو العقد المنعقد بأن اكتفى بقوله وهو العقد لما تمثّل الجواب الذي ذكره بترديد المراد بالانقضاء أصلاً ، وكفى في إثبات قول محمد رحمه الله : وكذا لو لم يتعرض صاحب النهاية والعناية لحديث الانقضاء في جانب الأجرة دون المنفعة بأن اكتفيا بأن يقال : إن الإبراء وقع بعد وجود سبب الوجوب وهو العقد فصح كالمنع عن القصاص بعد الجرح ، كما اكتفى به في بعض الشروح لما ورد عليه ما ذكرناه من

(وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجر وإن لم يسكنها) لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور فأقمنا تسليم المحل مقامه

تحقق الضرورة في جانب الأجرة أيضا ، وكفى في إثبات قول محمد وذلك لأن العقد نفسه وهو الإيجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مضامين إلى محل المنفعة وهو الدار مثلا مربوطا أحدهما بالآخر كاف في السببية ، ولا حاجة إلى اعتبار انعقاده في مرتبة السببية ، فإن الانقضاء حكم الشرع يثبت وصفه له شرعا ، والمحل الشرعي مغايرة للمحل العقلي في جواز انفكاكها عن معلولاتها ، فجاز أن يقال : العقد وجد والانقضاء تراخى إلى وجود المنافع ساعة فساعة ، وهذا هو رأى بعض مشايخنا في تفسير قول أئمتنا إن عقد الإجارة ينتقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما ذكر صاحب الغاية في صدر هذا الكتاب ونقلناه عنه هناك . نعم يجوز أن يعتبر العقد انعقاد قبل حدوث المنافع بمعنى الانقضاء في حق المتعاقدين دون الانقضاء في حق الحكم كما ذكره صاحب المحيط ونقلناه عنه فيها مرآة ، لكن الأسلم في توجيه قول محمد هاهنا هو الطريقة الأخرى تأمل ترشد (قوله) وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجر وإن لم يسكنها (قال في النهاية : هذه المسئلة مقيدة بقيود : أحدها التحكك من الاستيفاء حتى أنه إذا لم يتمكن من الاستيفاء بأن منعه المالك أو الأجنبي أو سلم الدار مشغولة بمتاعه لا يجب الأجر . والثاني أن تكون الإجارة صحيحة ، فإن في الإجارة الفاسدة يشترط لوجوب الأجرة حقيقة الاستيفاء . ولا يجب بمجرد تمكن الاستيفاء في المدة . والثالث أن التحكك من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه حتى إذا استأجر دابة إلى الكوفة فسلمها للموثر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه السير فيها إلى الكوفة فلا أجر عليه ، وإن ساقها معه إلى الكوفة ولم يركبها وجب الأجر . والرابع أن يكون متمكنا من الاستيفاء في المدة ، فإنه لو استأجر دابة إلى الكوفة في هذا اليوم وذهب إليها بعد مضي اليوم بالدابة

(قوله وإذا قبض المستأجر الدار) لبيان أن التحكك من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء . لا يقال : فعل هذا كان الواجب أن يقول بأحد معان أربعة ، وأن يقول باستيفاء المفقود عليه أو بالتحكك منه لأن الأصل هو الاستيفاء والتحكك منه يقوم مقامه أحيانا ، وبذلك أحد الأقسام لا يكون نسباً بذاته ، فإذا قبض المستأجر بالإجارة صحيحة ما استأجره ولم يمنع من استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الأجر ، لأن الواجب على الأجر تسليم العين التي تحدث منها المنفعة في مدة الإجارة في مكان العقد لتسليم عين المنفعة لأنه غير متصور ، فكان تسليم العين قائما مقام تسليم المنفعة ، فإذا سلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هناك مانع منه أو من الغير أو من أجنبي سلطان أو غاصب فقد حصل التحكك وترك الاستيفاء بعد ذلك تعظيل من جهته وتقصير منه فلا يمنع وجوب الأجر ، واعتبر القيد ، فإن بزوال شيء منها زوال التحكك فلا يجب الأجر ، فإن لم يسلم العين أو سلمها مشغولة بمتاعه أو سلمها فارغة في غير مدة الإجارة مثل أن يستأجر دابة إلى الكوفة في هذا اليوم فذهب إليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركبها أو سلمها فارغة فيها في غير مكان العقد

(قوله فإذا قبض ، إلى قوله : في المكان الذي وقع العقد فيه الخ) أقول : لمل الصواب أن يقول في مكان أضيف إليه العقد ، فإنه إذا استأجر دابة في غير بغداد على أن يركبها في بغداد فسلمها في بغداد وأمسكها فيه يصحق الأجر ، بخلاف ما إذا سلمها وأمسكها في غير بغداد الذي هو محل العقد . وفي المحيط البرهان : يشترط التحكك من الاستيفاء في المدة التي ورد عليها العقد وفي المكان الذي أضيف إليه العقد ، أما إذا لم يتمكن من الاستيفاء أصلا أو تمكن من الاستيفاء في المدة في غير المكان الذي أضيف إليه العقد ، أو تمكن من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد خارج المدة لا يجب الأجر ، حتى أن من استأجر دابة يوما لأجل الركوب فحسبها المستأجر في منزله ولم يركبها حتى مضى اليوم فإن استأجرها للركوب في المصرب يجب عليه الأجر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد ، وإن استأجرها للركوب خارج المصرب إلى مكان معلوم لا يجب الأجر إذا حسبها في المصرب لعدم تمكنه من استيفاء المنافع في المكان الذي أضيف إليه العقد ، فإذا ذهب بالدابة إلى ذلك المكان في اليوم ولم يركب يجب الأجر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد في المدة ، وإن ذهب إلى ذلك المكان خارج المصرب بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الأجر انتهى (قوله ولم يستوفها وجب الأجر) أقول : وإذا استوفها وجب بالطريق الأول (قوله مثل أن يستأجر دابة إلى الكوفة الخ) أقول : وفيه بحث ، فإن الظاهر المطابق لسياق كلامه أن يقول : وسلمها بعد

إذ التمكن من الانتفاع يثبت به . قال (فإن غصبها غاصب من يده سقطت الأجرة) لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع ، فإذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فسقط الأجر ، وإن وجد الغصب في بعض المدة سقط الأجر بقدره ، إذ الانقضاء في بعضها . قال (ومن استأجر دارا فلمؤجر أن يطالبه بأجرة كل يوم) لأنه استوفى منفعة مقصودة (إلا أن يبين وقت الاستحقاق بالعقد) لأنه بمنزلة التأجيل (وكذلك إجارة الأراضي) لما بينا

ولم يركب لإيجاب الأجر وإن تمكن من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد لأنه إنما تمكن بعد مضي المدة اهـ . وقال صاحب العناية بعد أن بين اعتبار القيود المذكورة بتحرير آخر : فإن قيل : كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فما وجهه ؟ قلت : وجهه الاختصار للاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف ، فإن حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفاسد منه يمنعه عن الإقدام على الانتفاع . وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به ، والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة ، وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليها اهـ كلامه . أقول : في آخر جوابه خلل . أما أولا فلائن قوله وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع إن كان معطوفا على قوله على أن يباشر العقد الصحيح أو على قوله وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا حتى صار المعنى فإن حال المسلم دالة أيضا على أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع ، مع ركاكة هذا المعنى كما لا يخفى يلزم الفصل بين المعطوف والمعطوف عليه بأجنبي وهو قوله والعرف فاش الخ ، وإن كان معطوفا على قوله على دلالة الحال والعرف حتى صار المعنى اعتمادا على دلالة الحال والعرف ، وعلى دلالة أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يلزم أن لا يزم قوله فاقصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليها ، إذ الظاهر أن ضمير عليهما راجع إلى الحال والعرف ، وعلى المعنى المزبور لاصطبر على الاختصار للاختصار على الاعتياد على الحال والعرف فقط بل تصير علة ذلك هي الاعتياد على الحال والعرف ، وعلى أنه الإكراه والغصب مما يمنعان الانتفاع . وأما ثانيا فلائن قوله وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنعان

كن استأجر دابة في غير بغداد إلى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه السير فيها إلى الكوفة أو سلمها فارغتها في مكانه لكن بها عرج فاحش يمنع الركوب ، أو سلمها فارغة فيها في مكانه صحيحة لاعتدافها لكن منه السلطان أو غصبه غاصب ، أو لم يكن شيء من ذلك أصلا لكن الإجارة كانت فاسدة فإن الأجر في جميع ذلك ليس يوجب ما لم يستوف المنفعة لأن التصدير حيقظ لم يكن من جهته بل لغوات التمكن من الانتفاع . فإن قيل : كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فما وجهه ؟ قلت : وجهه الاختصار للاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف ، فإن حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفاسد منه يمنعه عن الإقدام على الانتفاع ، وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به ، والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة ، وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليها ، ووجود المانع في بعض المدة والمكان يسقط الأجر بقدره لوجوب الانقضاء في ذلك القدر . قال (ومن استأجر دارا) ذكر هذا لبيان وقت استحقاق مطالبة الأجر والحال لا يخفى أن أن يكون وقت الاستحقاق مبينا بالعقد أولا ، فإن كان الأول فليس له المطالبة إلا إذا تحقق ما اتفقا عليه شهر أو أقل أو أكثر لأنه بمنزلة التأجيل ، إذ الاستحقاق يشق عند استيفاء جزء من المنفعة تحقيقا للمساواة ، والتأجيل يسقط استحقاق المطالبة إلى انتهاء الأجل ، وإن كان الثاني فلمؤجر

مضى اليوم فذهب إليها الخ (قوله كن استأجر دابة في غير بغداد ، إلى قوله : ببغداد الخ) أقول : ولو سلمها في غير بغداد الذي هو مكان العقد فأسكنها ولم يذهب إلى الكوفة لا يجب الأجر أيضا عليها (قوله وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليها) أقول : وفيه بحث ، فإن صورة الغصب المذكورة في كلام المصنف (قوله اعتمادا عليها) أقول : يعني دلالة الحال ودلالة العرف .

(ومن استأجر بعيرا إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة) لأن سير كل مرحلة مقصود . وكان أبوحنيفة يقول أولا : لا يجب الأجر إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر ، لأن المقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الأجر على أجزائها ، كما إذا كان المقود عليه العمل . ووجه القول المرجوع إليه أن القياس يقتضي استحقاق الأجر ساعة فساعة لتحقق المساواة ، إلا أن المطالبة في كل ساعة تقتضي إلى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرره ،

عن الانتفاع يدل على أن الغصب أيضا من القيود المتصرع ذكرها مع أن المصنف ذكر صورة الغصب صراحة كما ترى (قوله لأن المقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الأجر على أجزائها كما إذا كان المقود عليه العمل) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : لأن المقود عليه جملة المنافع في المدة ، وما هو جملة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لأن أجزاء الأعراس منطبقة على أجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيئا كما في المبيع فإنه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما إذا كان المقود عليه هو العمل ، كالحياطة فإن الحياط لا يستحق شيئا من الأجرة قبل الفراغ كما سيأتي اهـ . أقول : في قوله كما في المبيع فإنه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن فهو ظاهر ، إذ قد مر في البيع أنه إذا بيع سلعة بشئ قبل المشتري ادفع الثمن أولا ، وإذا بيع سلعة بسلمة أو ثمن بشئ قبل لها سلما معا ، ففي الصورة الأولى يستحق قبض الثمن قبل تسليم المبيع ، وفي الصورتين الآخرين يستحق قبض البديلين معا ، وأما أن لا يستحق قبض الثمن إلا بعد تسليم المبيع فعلم يقل به أحد ، والصواب هاهنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال كما في المبيع فإنه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق

أن يطالبه بأجرة كل يوم لأنه استوفى منفعة مقصودة ، وكذلك إجارة الأراضي (وإن استأجر بعيرا إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة لأن سير كل مرحلة مقصود) كسكنى يوم ، وهذا قول أبي حنيفة آخر (وكان يقول أولا لا يجب الأجر إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر لأن المقود عليه جملة المنافع في المدة) وما هو جملة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لأن أجزاء الأعراس منطبقة على أجزاء الزمان فلا يستحق المؤجل قبل استيفاء جملة المنفعة شيئا كما في المبيع فإنه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما إذا كان المقود عليه هو العمل كالحياطة ، فإن الحياط لا يستحق شيئا من الأجرة وقبل الفراغ كما سيأتي . فإن قيل : قال المصنف (فلا يتوزع الأجر على أجزائها) يعني المنافع وهو خلاف المشهور ، فإن المشهور أن أجزاء الموضع تنقسم على أجزاء الموضع وقاس المنافع على العمل وهو فاسد ، لأن شرط القياس المماثلة بين الأصل والفروع وهو متفق ، لأن في المنافع قد استوفى المستأجر بعضها فيلزمه الموضع بقدره ، ولا كذلك العمل لأنه لم يسلم من الحياط شيئا . فالجواب أن أجزاء الموضع قد تنقسم على أجزاء الموضع وجوبا ، وليس الكلام فيه وإنما الكلام في استحقاق القبض ، وفي ذلك لا يتوزع كما في البيع والتسليم في الحياط وجد تقديرا لأن عمل الحياط لما اتصل بالتوب كان ذلك تسليما تقديرا على أن المصنف لم يلزم صحة دليل القول المرجوع عنه ، فإنه لو كان صحيحا لبيت لم يكن الرجوع عنه وجه (ووجه القول المرجوع إليه أن القياس يقتضي استحقاق الأجر ساعة فساعة تحققيقا المساواة) بين البديلين (إلا أن المطالبة في كل ساعة تقتضي إلى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرره) بل المطالبة حيث لا تقتضي إلى علمه ، فإن المستأجر لم يتمكن من الانتفاع بأمر من جهة المؤجر فيمتنع

(قوله فإنه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا بيع سلعة بشئ قبل المشتري ادفع الثمن أولا ، وإذا بيع سلعة بسلمة أو ثمن بشئ قبل لها سلما معا كما سبق في باب خيار الشرط ، فهذا القول من الشارح لعله سهو ، وأحق عكس ما ذكره ، كيف وهو مخالف لما أبلغه نفسه في أول هذا الباب . قال في الكافي : فما لم يسلم كله لا يجب تسليم شيء من الأجرة كما في البيع ، فإنه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن ، بل له سق سحس جملة المبيع ما بق شيئا من الثمن انتهى فليتأمل . (قوله ولا كذلك العمل لأنه لم يسلم من الحياط شيئا) أقول : ما المانع من أن يكون المانع عليه الصورة التي تسلم صاحب التوب من الحياط ثوبه الذي غلب بعضه (قوله وجوبا) أقول : يعني في المدة (قوله إلا أن المطالبة في كل ساعة تقتضي إلى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرره) أقول : وأيضا تميز أجر كل ساعة بمصر بل متمل (قوله فإن المستأجر لم يتمكن من الانتفاع) أقول : فيه منع .

فقدننا بما ذكرنا . قال (وليس للقصار والخطاط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل) لأن العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الأجر ، وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ لما بينا . قال (إلا أن يشترط التعجيل) لما مر أن الشرط فيه لازم .

حبس جلة المبيع ما بقي شيء من الثمن اهـ قوله وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ لما بينا) قال صاحب النهاية : هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الإسلام والذخيرة والمغنى وشرح الجامع الصغير لفخر الإسلام وقاضيخان والتمراتشي والفوائد الظهيرية ، فإنه ذكر في المبسوط في باب من استأجر أجيرا يعمل له في بيته . وقالوا : لو استأجر خطاطا يخط له في بيت المستأجر قميصا وخطاط بعضه فسرق الثوب فله الأجر بقدر ما خاط ، فإن كل جزء من العمل يصير مسلما إلى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود . وذكر في الفصل الثاني من الذخيرة وفي الإجارة التي تنعقد على العمل ويبقى له أثر في العين لا يجب عليه أيضا الأجر إلا بعد إيفاء العمل كله ، إلا أن يكون العمل للخطاط والصباغ في بيت صاحب المال فينقذ يكون الجواب فيه كالجواب في إكمال على قوله الآخر يجب على المؤجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كان له حصة معلومة من الأجر كما في إكمال . وذكر الإمام قاضيخان : ولهذا لو استأجر خطاطا ليخط له في منزله كلما عمل عملا يستحق الأجرة بقدره ، وهكذا أيضا في غيرها . ولكن نقل في التجريد أن الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرماني في هذا الحكم ، والله سبحانه وتعالى أعلم بما هو الحق عنده . إلى هنا لفظ صاحب النهاية . وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية : وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الأجرة إنما هو إذا كان له حصة معلومة . وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عينا لكل جزء حصة معلومة ، إذ ليس للكم مثلا أو للبدن أو للوسائل ١ حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة إلا بتعيينها وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كما في كل الثوب ، ولعل هذا معتمد المصنف اهـ كلامه . أقول : ليس ما قاله بشيء ، أما أولا فلا نأخذ بالنسب أن ما يدل عليه كلام صاحب الذخيرة من أن استحقاق بعض الأجرة إنما هو إذا كان له حصة معلومة إنما يكون إذا عينا

الانتفاع من جهته فمنتفع المطالبة ، وما أقضى وجوده إلى علمه فهو منتفع (فقدننا بما ذكرنا) من اليوم في الدار والمرحلة في البعير (وليس للقصار والخطاط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل) كله (لأن العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الأجر) وهذا يشير إلى أنه لو كانا ثوبين ففرغ من أحدهما جاز أن يطلب أجرته لأنه منتفع به (وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ لما بينا) أنه غير منتفع به (إلا أن يشترط التعجيل لما مر أن الشرط فيه لازم) قال في النهاية : هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الإسلام والذخيرة والمغنى وشرح الجامع الصغير لفخر الإسلام وقاضيخان والتمراتشي والفوائد الظهيرية ، وذكر عن كل ذلك نقلا يدل على أن من استأجر خطاطا يخط له في بيت المستأجر فله الأجر بقدر ما خاطه . ونقل عن الذخيرة : يجب على المؤجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كانت له حصة معلومة من الأجر كما في إكمال . ثم قال : ولكن نقل في التجريد أن الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرماني في هذا الحكم . وأقول : كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل

(قوله فقدننا بما ذكرنا) أقول : يمتنع ذكرنا استحصانا (قوله قال في النهاية : هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب ، إلى قوله : ولكن نقل من التجريد الخ) أقول : ورواية تحفة الفقهاء توافق ما ذكره المصنف أيضا حيث قال : وكل هذا الخطاط يخط له في منزله قميصا ، فإن خاط بعضه لم يكن له أجر لأن هذا العمل لا ينتفع ببعضه ، فإذا فرغ منه ثم هلك فله الأجر لأنه صار مسلما للعمل عنده انتهى .

(١) (قوله أو للوسائل) هكذا في نسخ المتكلمة بالهال المهمة والميم ، وفي النسخة « للوسائل » بالذال المعجمة والميم ، فليحذراده مصححه .

لكل جزء حصة معلومة ، بل يكون أيضا إذا كان له حصة معلومة عند أهل الخبرة بتوزيع أجرة الكل على كل جزء منه بدون تعيين المتعاقدين لكل جزء منه حصة معلومة ، بل هو مراد صاحب الذخيرة كما سيتضح بما سذكره . وقوله إذ ليس لكم أو للبدن أو للدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة ممنوع أيضا . نعم ليس بشيء أيضا من ذلك حصة معينة في العقد عادة . وهذا لا ينافي أن يكون حصة كل منها معلومة بتوزيع أجرة الكل على الأجزاء كما لا يخفى . وأما ثانيا فلا أنه لو كان مراد صاحب الذخيرة بما إذا كانت له حصة معلومة ما إذا عينا له حصة معلومة وصار حينئذ كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فاستوجب أجره كما في كل الثوب لزم أن لا يكون فرق بين ما إذا كان عمل الخياط أو الصباغ في بيت نفسه وبين ما إذا كان عمله في بيت صاحب المال في وجوب إيفاء الأجر ، إذ لا كلام لأحد في وجوب إيفاء الأجر بعد الفراغ . وقد فرق صاحب الذخيرة بينهما حيث قال : وفي الإجارة التي تنقذ على العمل ويبي له أثر في العين فإنه لا يجب عليه إيفاء الأجر إلا بعد إيفاء العمل كله ، وإن كانت حصة ما استوفى معلومة ، إلا أن يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال فحينئذ يجب على المستأجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كانت له حصة معلومة من الأجر كما في الاحتمال انتهى وأما ثالثا فلا أنه لا معنى لقوله ولعل هذا معتمد المصنف لأن ما ذكره المصنف يخالف قطعنا لمنطوق ما في الذخيرة وهو وجوب إيفاء الأجر على المستأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كان العمل في بيته ، وليس بمطابق أيضا لمفهوم قوله إذا كانت له حصة معلومة من الأجر وهو أن لا يجب عليه أجر أصلا إذا لم يكن لما استوفى من المنفعة حصة معلومة من الأجر لأن مدلول كلام المصنف أن لا يجب عليه الأجر مطلقا ، أي سواء كانت له حصة معلومة من الأجر أو لا ، فإنه قال : وكلما إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ ، وكان فيما إذا عمل في غير بيت المستأجر لا يجب الأجر مطلقا قبل الفراغ بلا خلاف ، فدل قوله وكلما إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ بلا خلاف على أن لا يجب عليه الأجر مطلقا قبل الفراغ فيما إذا عمل في بيته أيضا ، ولأنه قال لما بينا ، ومراده به على ما صرح به الشراح قاطبة هو قوله لأن العمل في البعض غير منقطع به ، ولا شك أن ذلك يقتضي أن لا يستوجب الأجر قبل الفراغ مطلقا ، فأي يصلح ما في الذخيرة لأن يكون معتمد المصنف في كلامه المذكور ، ولعمري إن جملة ما ذكره صاحب العناية هاهنا موهوم محض ، فكيف ينبغي أن يصر إلى مثله في توجيه كلام المصنف وهو علم التحقيق وعلم التدقيق . ثم إن بعض الفضلاء كأنه قصد دفع الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة التي ذكرناها آنفا لاختلال رأى الشراح المزبور هاهنا حيث قال في حاشيته على قول ذلك الشراح . وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ . وجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما إذا خاط في غير بيت المستأجر أنه إذا خاط في بيته يوجد التسليم إذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الأجر ، بخلاف ما إذا خاط في غيره وقال فيه بحث ، فإن استيجاب الأجر بالفراغ لا بالتسليم . ثم قال : وجوابه ظاهر ، فإنه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجرا له كلامه . أقول : جوابه عن بحثه ليس بتام إذ لا شك أن استيجاب الأجر يتحقق بالفراغ ، ولهذا لو حبس الخياط أو الصباغ الثوب بعد الفراغ من العمل وقال لا أعطيك حتى تعطيني الأجر فله ذلك عند أئمتنا الثلاثة ، كما أن البايع أن يحبس المبيع لقبض الثمن ، صرح بذلك في الذخيرة

على أن استحقاق بعض الأجرة إنما هو إذا كان له حصة معلومة ، وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عينا لكل جزء حصة معلومة . إذ ليس لكم مثلا أو للبدن أو للدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة إلا بتعيينهما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة من كل الثوب قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كما في كل الثوب ، ولعل هذا معتمد

(قوله وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عينا الخ) أقول : فيه بحث . (قوله وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ) أقول : وجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما إذا خاط في غير بيت المستأجر أنه إذا خاط في بيته يوجد التسليم إذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الأجر ، بخلاف ما إذا خاط في غيره ، وفيه بحث فإن استيجاب الأجر بالفراغ لا بالتسليم ، وجوابه ظاهر ، فإنه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجرا .

قال (ومن استأجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور) لأن تمام العمل بالإخراج ، فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم ، فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الأجر) لأنه صار مسلما إليه بالوضع في بيته ، ولا ضمان عليه لأنه لم توجد منه الخيانة . قال : وهذا عند أبي حنيفة لأنه أمانة في يده ، وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له لأنه مضمون عليه فلا يبرأ إلا بعد حقيقة التسليم ، وإن شاء ضمنه الخبز وأعطاه الأجر .

وعامة المعتربات ، وسائر في الكتاب ، إلا أنه لو هلك المتاع قبل تسليم الخياط أو الصباغ إياه إلى صاحبه ولو بعد الفراغ من العمل سقط الأجر ، كما أنه لو هلك المبيع قبل تسليم البائع إياه إلى المشتري سقط الثمن فكان ابتداء تحقق استيجاب الأجر في استئجار نحو القصار والخياط بالفراغ من العمل ، وإن كان يقاؤه وتقرر به تسليم المتاع إلى صاحبه كما أن ابتداء تحقق استحقات الثمن في المبيع بتمام العقد وإن كان يقاؤه وتقرر به تسليم المبيع إلى المشتري ، والكلام هاهنا في ابتداء تحقيق استيجاب الأجر ، ولهذا قال في الكتاب : وليس للقصار والخياط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل ، ولم يقل حتى يسلم المتاع إلى صاحبه ، فلا بد في اندفاع الوجه الثاني من الوجوه التي أوردناها على رأي صاحب النائية من ثبوت الفرق بين ما إذا عمل في بيت المستأجر وبين ما إذا عمل في غير بيته من جهة تحقق الفراغ من العمل وعدم تحققه وليس فليس فتأمل ترشد (قوله ومن استأجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور) قال في النائية : ذكر هذا

المصنف رحمه الله ، قال (ومن استأجر خبازا ليخبز له) ذكر هذا البيان حكيم : أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله ، وقد علم ذلك من مسألة الخياط آنفا . والثاني أن فراغ العمل بماذا يكون ، فإذا استأجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا بدرهم لم يستحق الأجرة حتى يخرج الخبز من التنور لأن استحقات الأجرة بتمام العمل وتمام العمل بالإخراج (فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج لا أجر له للهلاك قبل التسليم) فإن قيل : خبزه في بيته يمنع أن يخبز لغيره ، ومن عمل لواحد فهو أجير واحد . واستحقاقه الأجرة لا يتوقف على الفراغ من العمل . أجيب بأن أجير الواحد من وقع العقد في حقه على المدة كمن استأجر شورا للخدمة وما نحن فيه مستأجر على العمل فكان أجيرا مشتركا توقف استحقيقه على فراغ العمل (فإن أخرجه من التنور ثم احترق من غير فعله فله الأجر) لأن عمله تم بالإخراج والتسليم وجد بالوضع في بيته (ولا ضمان عليه لأنه لم توجد منه خيانة توجب) قال المصنف رحمه الله (وهذا) أي قوله لا ضمان عليه (عند أبي حنيفة لأنه أمانة في يده) ولا ضمان على الأمين (وعندهما يضمن) لأن العين مضمون عليه كالمغصوب على الفاعب (ولا يبرأ إلا بحقيقة التسليم) والوضع

(قال المصنف : ومن استأجر خبازا ليخبز له في بيته الخ) أقول : في مبسوط السرخسي ، وكذلك الرجل يستأجر الخباز ليخبز له في بيته دقيقا معلوما بأجر معلوم فخبزه ثم سرق فله الأجر تاما ، وإن سرق قبل أن يفرغ فله من الأجر بحساب ما عمل ، وإن كان يخبز في بيت الخباز لم يكن له من الأجر شيء ، ولا ضمان عليه فيما سرق في قول أبي حنيفة لأنه أجير مشترك فلا يضمن ماله في يده بفتر فعله انتهى . ففيه مخالفة لما ذكره المصنف فتنبه لما تأمل في بعضها ، فإنه يجوز أن يكون المراد من قوله قبل أن يفرغ ما إذا خبز بعض البقي كصغره مثلا تاما ولم يخبز البقي الآخر (قوله أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة الخ) أقول : الحمل أجير مشترك ويستحق الأجرة قبل الفراغ من عمله ، إلا أن يعمل قطع كل مرحلة عملا على حدة (قوله وما نحن فيه مستأجر على العمل الخ) أقول : أما إذا استأجر خبازا يوما ليخبز له في بيته فإنه أجير واحد فيستوجب الأجر بتسليم الخبز ولا يتوقف على الفراغ من العمل (قال المصنف : فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الأجر) أقول : في الوقاية وإن احترق بعد ما أخرج فله الأجر وقبله لا ، ولا غرم فيها . وقال صدر التريمة : أي في الاشتراك قبل الإخراج وبمعد الإخراج . وقال صاحب اللزوم والفرق : فيه بحث ، أما أولا فقلته مخالف لما في شروح الهداية أن فيما قبل الإخراج غرما حتى قال في غاية البيان : إنما قيد بعدم الضمان في صورة الاشتراك بعد الإخراج من التنور ، لأنه إذا احترق قبل الإخراج فليقل الضمان فيقول أصحابنا جميعا ، وأما ثانيا فقلته مخالف لقاعدة المقررة الآتي ذكرها من أن الأجير المشترك يضمن ماتلف بماله انتهى كلامه (قال المصنف : لأنه مضمون عليه) أقول : تعليل لقوله يضمن بماله لا بالمغصوب .

قال (ومن استأجر طبائخا لطبخ له طعاما للوليمة فالعرف عليه) اعتبارا للعرف . قال (ومن استأجر إنسانا ليضرب له لبنا يستحق الأجر إذا أقامها عند أبي حنيفة ، وقالوا : لا يستحقها حتى يشرعها) لأن التشريع من تمام عمله ، إذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كإخراج الخبز من التنور ، ولأن الأجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه . ولأبي حنيفة أن العمل قد تم بالإقامة والتشريع عمل زائد كالنقل ، ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشريع بالنقل إلى موضع العمل ، بخلاف ما قبل الإقامة لأنه طين منتشر ، وبخلاف الخبز لأنه غير متفع به قبل الإخراج . قال (وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفى الأجر) لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البذل كما في المبيع ، ولو حبسه فضايع لاضمان عليه عند أبي حنيفة لأنه غير متعمد في الحبس في أمانة كما كان عنده ، ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم . وعند أبي يوسف ومحمد ورحمهما الله : العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده ، لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه معمولاً وله الأجر ، وسببين من بعد إن شاء الله تعالى

ليان حكيم : أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسألة الخياط آتفا . والثاني أن فراغ العمل بماذا يكون اه . أقول : فيه شيء ، وهو أنه إذا علم من مسألة الخياط آتفا أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله يصير بيان ذلك هاهنا تحصيل الحاصل فلا ينبغي أن يقصده الماقل . فالوجه أن المقصود من ذكر هذه المسئلة إنما هو بيان الحكم الثاني وهو أن الفراغ من العمل في الخياط بماذا يكون ويرشد إليه أنه قال : لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز

في بيته ليس كذلك ، ثم إذا وجب الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار ، إن شاء ضمنه هل دقيقه ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه الخبز وأعطاه الأجر ، ولا ضمان عليه في الخطب والملح عندهما لأن ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه رمادا لا قيمة له . قال في النهاية ، هذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القلدي ، وأما عند غيره فهو يجري على عومه بأنه لا ضمان بالاتفاق ، أما عنده فلا أنه لم يهلك من عمله ، وأما على قولهما فلا أنه هلك بعد التسليم ، وهذا يتم إن كان الوضع في بيته تسليما (ومن استأجر طبائخا لطبخ له طعاما ولجمة فعليه تفريغه إلى القصاص) لأنه من تمام عمله عرفا ، وإن استؤجر في طبخ قدر خاصة فليس عليه الغرق (ومن استأجر إنسانا ليضرب له لبنا يستحق الأجر عند أبي حنيفة بإقامتها) فإن أفسده المطر قبل ذلك أو انكسر فلا أجر له لأنه لا يصير مسلما ما لم يصير لبنا ، وما دام على الأرض لم يصير لبنا (وقالوا : لا يستحقه حتى يشرجه) أي ينضده يضم بعضه إلى بعض (لأن التشريع من تمام عمله) عرفا ، وبقي كلامه ظاهر . قال (وكل صانع لعمله أثر في العين كالتقاصر الخ) وكل صانع لعمله أثر في العين كالتقاصر والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفى الأجر لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب وهو ظاهر ، والمعقود عليه جاز حبه لاستيفاء البذل كما في البيع ، فالوصف القائم في الثوب جاز حبه لاستيفاء البذل ، والوصف لا ينفك عن العين فجاز حيسا للثوب . فإن قيل : فعلى هذا التقرير يكون حبس العين ضروريا فلا يتعدى إلى عدم الضمان ، ولو حبسه فضايع لاضمان عليه ، فالجواب ما أشار إليه بقوله لأنه غير متعمد : يعني أن الضمان لا يلزم إلا على المتعمد وهو غير متعمد فلا يلزمه الضمان ، لكنه لا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم . وعند أبي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده ، لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه معمولاً وله الأجر ، وسندكوه في باب ضمان الأخير . وكل صانع لعمله أثر في العين كالحمال والبائع والحليم فليس له أن يحبس ، لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين ، بل إنما هو قائم بالمعامل أو بعين له ، والحبس فيه غير متصور ،

(قال المصنف : ألا ترى أنه ينتفع به) أقول : فيه إشارة إلى الجواب عن دليلها الثاني : يعني أن الفرق مشترك ، فكأنه قد يتولاه فقد ينقل من موضع العمل قبل التشريع . وفي القاموس : التشريع : نصب العين .

قال (وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال والملاح) لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل ، وهذا بخلاف الآتي حيث يكون المراد حق حبسه لاستيفاء الجمل ، ولا أثر لعمله لأنه كان على شرف الهلاك وقد أحياء فكانه باعه منه فله حق الحبس ، وهذا الذي ذكرنا مذهب علمائنا الثلاثة . وقال زفر : ليس له حق الحبس في الوجهين لأنه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس . ولنا أن الاتصال بالمحل ضرورة إقامة تسليم العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث أنه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما إذا قبض المشتري بغير رضا البائع . قال (وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره) لأن المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه (وإن أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمل له) لأن المستحق عمل في ذمته ، ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالاتعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين .

(فصل)

من التور ، ولم يقل حتى يفرغ من العمل يخرج الأجر من التور ، ولو كان مراده بيان الحكيم مما لقنا هكذا تدبر .

وغسل الثوب نظير الحمل : يعني إذا لم يكن ثمة من النشا وغيره سوى إزالة الوسخ بالماء ، وأما إذا كان فهي مسألة القصار وهذا يختار بعض المشايخ . واختاره المصنف رحمه الله . وذكر في الميسوط وجامع قاضيخان أن إحداث البياض في الثوب بإزالة اللون بمنزلة عمل له أثر في العين . قيل وهو الأصح ، لأن البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله (قوله وهذا بخلاف الآتي) جواب عما يقال الآتي إذا رده إنسان كان له حق الحبس وإن لم يكن لعمله أثر في العين قائم . ووجهه أن الآتي كان على شرف الهلاك وقد أحياء برده فكانه باعه منه فله حق الحبس (وهذا الذي ذكرنا) يعني حق الحبس للصانع بالأجر فيما إذا كان لعمله أثر هو (مذهب العلماء الثلاثة . وقال زفر) قيل هو مذهب الشافعي رحمه الله (ليس له حق الحبس في الوجهين) يعني في الذي لعمله فيه أثر وفيها لم يكن (لأنه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه) والمسلم إلى صاحبه لا يتصور حبسه كما لو عمل في بيت الصاحب . والجواب (أن الاتصال بالمحل ضرورة إقامة العمل) وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك الرضا بالاتصال من حيث التسليم (فلا يسقط حق الحبس) ونظير ذلك الوكيل إذا نقد الثمن من ماله وقبض المبيع كان له أن يحبس وقد تقدم ، فصار كقبض المشتري للمبيع بغير رضا البائع ، فإن البائع أن يحبس وأن يسلمه المشتري لكونه بغير رضا . قال (وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه الخ) وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه قل عن حيد الدين الضرير رحمه الله هو مثل أن يقول أن تعمل بنفسك أو بيدك مثلا ، وإليه أشار المصنف رحمه الله بقوله أن يعمل بنفسه ، فليس له أن يستعمل غيره لأن المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه ، كأن استأجر دابة بعينها للحمل فإنه ليس للمؤجر أن يسلم غيرها ، وفيه تأمل لأنه إن خالفه إلى غير بأن استعمل من هو أصنع منه في ذلك الفن أو سلم دابة أقوى من ذلك كان ينبغي أن يجوز ، وإن أطلق العمل له فله أن يستأجر من يعمل له لأن المستحق العمل ويمكن إيفاؤه بنفسه ، وبالاتعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين ، والله أعلم .

(فصيل)

لما ذكر استحقاق تمام الأجر ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق تمام الأجر أو بعضه ، وعقبه لأصل الباب لأن استحقاق

(فصل ومن استأجر رجلا)

(ومن استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة فيجىء ببعاله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الأجر بحسبه) لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقلده : ومراده إذا كانوا معلومين (وإن استأجره ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة ويحجى بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فردّه فلا أجر له) هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : له الأجر في الذهاب لأنه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة ، وهذا لأن الأجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حل الكتاب لخفة موثته . ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الأجر كما في الطعام وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة (وإن ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالإجماع) لأن الحمل لم ينتقض (وإن استأجره لذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فردّه فلا أجر له في قولهم جميعا) لأنه نقض تسليم المعقود عليه وهو حل الطعام ، بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد لأن المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر .

(باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها)

(باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها)

قال في النهاية ومراج الدراية : لما ذكر مقدمات الإجارة ذكر في هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من عقود الإجارة وما لا يجوز منها انتهى . أقول : فيه نوع خطئ ، لأنه لم يذكر في هذا الباب ما لا يجوز من الإجارة وإنما ذكر ذلك

تمام الأجر هو الأصل والتقصان لعارض (ومن استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة فيجىء ببعاله فذهب فوجد بعضهم ميتا فجاء بالباقي) فلما أن يكون على جماعة معلوم العدد أولا ، فإن كان الثاني استحق جميع الأجرة ، وإن كان الأول (فله الأجر بحسبه لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقلده) وهو اختيار القتيبي أبي جعفر المثنوي ، واختاره المصنف وإليه أشار بقوله (ومراده) يعني القنوري رحمه الله (إذا كانوا معلومين ، وإن استأجره لذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة ويأتى بالجوهر فذهب فوجده ميتا) فلما أن يرد الكتاب أولا ، فإن كان الثاني استحق أجر الذهاب بالإجماع ، وإن كان الأول (فلا أجر له عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله . وقال محمد رحمه الله : له أجر للذهاب) وهذا بناء على أن المعقود عليه قطع المسافة أو نقل الكتاب . ووقع عند محمد رحمه الله أنه قطع المسافة لأن المشقة فيه دون نقل الكتاب ، وقد أوفى بعض المعقود عليه بذهابه فيستحق الأجر المقابل له . ووقع عندهما أنه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إلى المقصود وهو علم ما في الكتاب وقد نقضه برده فيسقط الأجر ، كما إذا استأجره لذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب به ووجده ميتا فردّه فإنه لا أجر له بالاتفاق لنقضه تسليم المعقود عليه وهو حل الطعام ، وليس يتأهض حل محمد ، لأن المعقود عليه في مسئلة الكتاب عنده قطع المسافة ولم ينتقض ما قطعته منها ، والله أعلم .

(باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها)

لما فرغ من ذكر الإجارة وشرطها وقت استحقاق الأجرة ذكر هنا ما يجوز من الإجارة بإطلاق اللفظ وتقييده ، وذكر

(قال المصنف : ومراده إذا كانوا بالغ) أقول : في التزائية : وإن لم يكونوا مسلمين فالإجارة فاسدة ، وفي الدور والندى : وإن لم يكن حياله معلومين فله كل الأجر فتأمل فإنه لا تخالفه كما سيوضح في الدرس الآتي من الفتاوى .

(باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها)

(قوله باب ما يجوز من الإجارة) أقول : لعل المراد باب تفصيل ما يجوز من الإجارة فيوضح وجه التأخير لأن التفصيل بعد الإجمال يتناول

قال (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها) لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف إليه .

في باب آخرت عقيب هذا الباب وهو باب الإجارة الفاسدة ، بل إنما ذكر في هذا الباب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها من المستأجر للمؤجر كما وقع في عنوان الباب . وقال في غاية البيان والعناية : لما فرغ من ذكر الإجارة وشرطها ووقت استحقاق الأجرة ذكر هنا ما يجوز من الإجارة بإطلاق اللفظ وتقيدته ، وذكر أيضا من الأفعال ما يعد خلافا من الأجير للمؤجر وما لا يعد خلافا انتهى . أقول : فيه أيضا شيء فتأمل (قوله ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها) قال تاج الشريعة : قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لاصلة الاستئجار : يعني ويجوز استئجار الدور والحوانيت للمعدة للسكنى لأن يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى ، لأنه لو نص هكذا وقت العقد لايكون له أن يعمل فيها غير السكنى ، والتعليل يدل على ما ذكرت انتهى كلامه . ومال أكثر الشراح إلى منتهى في تصوير هذه المسئلة ، غير أن صاحب الغاية بعد أن ذكر ذلك المعنى وصححه قال : ويجوز أن يتعلق قوله للسكنى بالاستئجار : أى يجوز استئجار الدور والحوانيت لأجل السكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها ، وله أن يعمل كل شيء لا يوهن البناء ولا يفسده ، وهو الظاهر من كلام القندوري ، إلى هنا كلامه . أقول : فيها قال تاج الشريعة كلام . أما أولا فلائمه لو كان قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت وكان المعنى ويجوز استئجار الدور والحوانيت للمعدة للسكنى لم يظهر للتقيد بقوله للسكنى فائدة أصلا ، لأنه إما أن يقصد به الاحتراز عن الدور والحوانيت الغير المعدة للسكنى ، أو يقصد به مجرد بيان حال الدور والحوانيت بأنها معدة للسكنى ، فإن كان الأول فع عدم تحقق دار أو حانوت لم يعد للسكنى في الخارج لم يصح الاحتراز ، إذ الظاهر أن الحكم في استئجار كل دار وحانوت ما ذكر في الكتاب وهو الجواز ، وإن كان الثاني فهو من قبيل اللغو ، فإن يكون الدور والحوانيت مما يعد للسكنى خفي عن البيان غير خفي على أحد . وأما ثانيا فلائن قوله لو نص هكذا وقت العقد لايكون له أن يعمل فيها غير السكنى ممنوع ، لأنه لو نص وقت العقد على استئجار الدور والحوانيت لأجل السكنى وعمل فيها غير السكنى مما هو أنفع البناء من السكنى ينبغي أن يجوز ، لأن التقيد فيها لا ينافي غير معتبر على ما صرحوا به ، ولهذا إذا شرط سكنى واحد لله أن يسكن غيره كما سيأتي في الكتاب ، ففيها هو أنفع مما شرط وقت العقد أولى أن لا يعتبر التقيد . ثم الإنصاف أنه لو لم يقع في عبارة مختصر القندوري قيد للسكنى في وضع هذه المسئلة كما لم يقع في عبارة عامة معتبرات المتون لكان أولى وأحسن . كما لا يخفى (قوله لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف إليه) ورد عليه صاحب الإصلاح والإيضاح كما رد على صدر الشريعة حيث قال : لا ، لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف إليه لا ينافي فصح العقد لأنه لا ينتظمه قوله وله أن يعمل كل شيء سوى موهن البناء ، بل لأن الأصل أن كل عمل لا يضر البناء يستحقه بمطلق العقد ، انتهى كلامه . أقول : ليس شيء من شطري كلامه بسديده ، أما شطره الأول فلائن مراد المصنف وغيره أن العرف يصرف مطلق العمل إلى السكنى وبعد ذلك تبقى أعمال السكنى على إطلاقها ، فله أن

أيضا من الأفعال ما يعد خلافا من الأجير للمؤجر وما لا يعد خلافا . قال (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى الخ) قيل بصورة المسئلة أن يقول : استأجرت هذه الدار شهرا بكذا ولم يبين ما يعمل فيه من السكنى وغيره فذلك جائز وينصرف إلى السكنى وإن لم يبين ، لأن العمل المتعارف فيها هو السكنى وبه يسمى مسكنا . وفي القياس : لا يجوز لأن المقصود من الدور

(قال المصنف : ويجوز استئجار الدور والحوانيت) أقول : في الفصل الحادى عشر من إجازات المحيط البرهانى في فتاوى أبي الكيث : إذا أيجرت المرأة دارها من زوجها وسكنها جميعا فلا أيجرها . قال : وهو بمنزلة استئجارها لتطبخ أو لتختبر ، هكذا ذكر انتهى . قيل : في المعنى إن التسليم شرط لصحة الإجارة ، ولوجوب الأجير وسكنها معه يمنع التسليم والحكم بمنوع والعلة مردودة ، وللتقياس على استئجارها للشيخ والتبني لا يصح لأن الشيخ والأجير مستحق عليها ديانة إن لم يكن مستحقا عليها حكا ، أما إسكان الزوج في منزلها غير مستحق عليها لادبائة ولا حكا . وقوله بأن سكنها مع الزوج يمنع التسليم . قلنا : لا يمنع لأنها تابعة للزوج في السكنى كما فصل في الهبة (قوله للسكنى)

وأنه لا يضاف فصح العقد (وله أن يعمل كل شيء) للإطلاق (إلا أنه لا يسكن خدادا ولا قصارا ولا طحانا لأن فيه ضررا ظاهرا) لأنه يوهن البناء فيقتيد العقد بما وراها دلالة .

يعمل كل شيء منها لهذا الإطلاق سوى ما يوهن البناء لتحقق الضرر الظاهر فيه . ولا منافاة بين القول بصرف العرف مطلق العمل إلى أعمال السكنى وبين القول بأن له أن يعمل كل شيء من أعمال السكنى لإطلاق عمل السكنى نظرا إلى أنواعه وأصنافه وعدم التفاوت فيه فلا غبار في التعليل الذي ذكره المصنف وغيره . وأما شرطه الثاني فلأنه لو كان الأصل أن كل عمل لا يضر البناء يستحقه مستأجر الدور والحوانيت بمطلق العقد بدون المصير إلى أن المتعارف فيها هو السكنى لزم أن يستحق العمل الذي ليس من جنس السكنى أيضا ولم يقل به أحد ، بل صرحوا في عامة المعبرات بأنه مصروف بالعرف إلى عمل السكنى وهو لا يضاف فصح العقد من غير بيان ، وقالوا : إن هذا استحسان . وفي القياس لا يصح ، لأن مطلق العمل والانتفاع يتناول عمل السكنى وغيره فيضاف فلا يكون يد من البيان للجهالة المقضية إلى النزاع كما في استئجار الأراضي للزراعة (قوله وأنه لا يضاف فصح العقد) قال صاحب العناية : هذا جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف ، ولكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه . وقال بعض الفضلاء : لا أساس لهذا السؤال بالمقام ، إذ الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لا في بيان من يسكن انتهى . أقول : لعل لفظ السكان في كلام صاحب العناية وقع سهوا من الكاتب بدلا من لفظ السكنى ، فيعتقد أساس السؤال بالمقام ظاهر . وأما على ما وقع في النسخ المشهورة فالمراد لكن قد تتفاوت السكنى بتفاوت السكان في العمل فلا بد من بيان ما يعمل فيها ، ولما كان تفاوت السكان في العمل سببا لتفاوت نفس العمل الذي هو السكنى اكتفى بذكر تفاوت السكان قصرا للمسافة ، ويرشد إليه قوله ووجهه : يعني وجه الجواب أن السكنى لا تتفاوت ، وما لا يضاف لا يشتمل على ما يقصد العقد فيصح أنه انتهى حيث قال إن السكنى لا تتفاوت ، ولم يقل إن السكان لا يتفاوتون ، تدبر ترشد . وقال الشارح العمى : وفي بعض النسخ : ولأنه لا يضاف ، وهكذا صححه صاحب العناية ولهذا قال : هذا جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف الخ . أقول : كلامه ليس بصحيح . أما أولا فلأن صاحب العناية لم يصحح تلك النسخة بل لم يتعرض لها قط . وأما ثانيا فلأن جعل صاحب العناية قول المصنف هذا جوابا عن سؤال مقدر لا ينل على نسخة ، ولأنه بل يأبأها إذ مقتضى هذه النسخة أن يكون قول المصنف هذا دليلا آخر مستقلا ، والذي يكون جوابا عن سؤال مقدر إنما يكون من متممات ما قبله فلم يصحح قوله ولهذا قال هذا جواب عما عسى أن يقال الخ ، وإن أراد أن المذكور في لفظ العناية بصدد الشرح عبارة هذه النسخة لا غير فليس كذلك أيضا ، بل المذكور فيها رأيتنا من نسخ العناية عبارة وأنه بدون اللام (قوله لأن) فيه ضررا ظاهرا لأنه يوهن البناء فيقتيد العقد بما وراها دلالة) أقول : لقائل أن يقول : الظاهر من هذا الكلام أن أعمال

والحوانيت الانتفاع وهو متنوع ، فوجب أن لا يجوز ما لم يبين شيئا من ذلك . ووجه الاستحسان أن المعروف كالمشروط نصا فيصرف إليه (قوله ولأنه لا يضاف) جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف لكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه . ووجهه أن السكنى لا تتفاوت ، وما لا يضاف لا يشتمل على ما يقصد العقد فيصح (وله أن يعمل كل شيء) من السكنى والإسكان والرزوء والغسل وغسل الثياب وكسر الحطب لوقيد وغيرها مما هو من تواريع السكنى (للإطلاق) أي لإطلاق العقد فإنه ليس بمقيد بشيء دون شيء (إلا أنه لا يسكن خدادا ولا قصارا ولا طحانا) بالماء أو الدابة دون اليد إن لم يوهن البناء ، وفي الجملة كل ما لم يتضرر به البناء جاز أن يعمل فيه ويتقيد به . وقوله لا يسكن يجوز أن يكون بفتح الباء . وقوله خدادا يكون نصبا على الحال ، ويقضى به الإسكان دلالة لانحداد المناط وهو الضرر بالبناء ، ويجوز أن يكون بضم الباء

أقول : حال من الدور والحوانيت : أي كائنين سمتين سكنى (قوله ولأنه لا يضاف) أقول : الظاهر وأنه لا يضاف (قوله جواب عما عسى أن يقال سلمنا الخ) أقول : لا أساس لهذا السؤال بالمقام ، إذ الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لا في بيان من يسكن

قال (ويجوز استئجار الأراضي للزراعة) لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها (وللمستأجر الشرب والطريق وإن لم يشترط) لأن الإجارة تعقد للانتفاع ، ولا انتفاع في الحال إلا بهما فيدخلان في مطلق العقد ، بخلاف البيع لأن المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال ، حتى يجوز بيع المحش والأرض السبخة دون الإجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع (ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها) لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التحين كي لا تقع المنازعة (أو يقول على أن يزرع فيها ماشاء) لأنه لما فوّض الخيرة إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة . قال (ويجوز أن يستأجر الساحة ليبنى فيها أو ليغرس فيها نخلا أو شجرا) لأنها منفعة تقصد بالأرض (ثم إذا انقضت مدة الإجارة لزمه أن يقلع البناء والغرس ويسلمها إليه فارغة) لأنه لانهائية لهما وفي إبقائهما إضرار بصاحب الأرض ،

السكنى متفاوت قبض منها لا يوهن البناء وبعض آخر منها يوهنه كالأمثلة المذكورة فصار مخالفا لقوله فيها مر آفا ، وأنه يعنى السكنى لا يتفاوت . ويمكن أن يقال إن معنى قوله السابق أنه لا يتفاوت غالبا فالذى يضر البناء ويوهنه خارج عن العقد بدلالة الحال ، وذلك القسم الغالب باق على حاله فله أن يعمل من ذلك ما شاء فتأمل (قوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها ، وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التحين كي لا تقع المنازعة) أقول : لقاتل أن يقول : في التعليل ثابتة الاستدراك ، إذ يكفي في تمامه أن يقال : لأن ما يزرع فيها متفاوت ، وقوله لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها لا يطابق المدعى ولا نفع له في إثباته . فالجواب أنه لا بد في صحة عقد استئجار الأراضي للزراعة من أمرين : أحدهما بيان أنه يستأجرها للزراعة لأنها قد تستأجر لغيرها أيضا فلا بد من نفي الجهالة . والثانيهما بيان ما يزرع فيها كما صرح به في الكتاب بقوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها ، والمصنف لما رأى اندراج الأول أيضا التزاما في مدلول قوله حتى يسمى ما يزرع فيها بناء على أن تسمية ما يزرع فيها فرع تسمية نفس الزراعة أشار إلى تعليل كلا الأمرين . أما إلى تعليل الأول فبقوله لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها ، وأما إلى تعليل الثاني فبقوله وما يزرع فيها متفاوت ، فلم يكن في التعليل المزبور استدراك بل كان فيه زيادة فائدة . وكان صاحب العناية تفتن لهذه الدققة حيث قال في تقرير المقام : ويجوز استئجار الأراضي للزراعة ، لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها ، وينبغي أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لأنها تستأجر لغيرها أيضا فلا بد من البيان نفيًا للجهالة .

والمتصورات مفقولة به ، وينبغي به سكناه دلالة لاحكام المناط وهو الضرر بالبناء (ويجوز استئجار الأراضي للزراعة لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها) وينبغي أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لأنها تستأجر لغيرها أيضا فلا بد من البيان نفيًا للجهالة ، ولا بد من بيان ما يزرع فيها لأنه يتفاوت في الضرر بالأرض وعلمه ، فلا بد من التحين قطعًا للمنازعة ، أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء ، لأنه لما فوّض الاختيار إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع (ويدخل الشرب والطريق في العقد بلا تنصيص ، لأن الإجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع إلا بهما فيدخلان في مطلق العقد ، بخلاف البيع فإن المقصود منه ملك الرقبة) وقد مر في باب الحقوق من كتاب البيوع (ويجوز أن يستأجر الساحة) وهي الأرض الخالية من البناء والشجر (ليبنى فيها أو يغرس فيها) ذلك منفعة مقصودة بالأراضي (فيصح بها العقد) فإذا انقضت المدة لزم المستأجر قلعهما وتسليمها فارغة لأنه لا نهاية لهما ، ففي إبقائهما ضرر بصاحب الأرض (هذا من جانب المستأجر ، وأما من جانب المورع فلا بد من أن تنقص بالقلع أو لا ، فإن كان الأول فإن شاء يغرّم له قيمة ذلك مقلوعا ويملكه رضى به المستأجر أو لا ، وإن شاء رضى بتركها على حالها

(قوله لا انتفاع بالمناط وهو الضرر بالبناء) أقول : فيه رد على الإقتنا ، ولكن بقي ما هنا كلام ، وهو أن اتحاد المناط لا يكتفى في الدلالة لوجوده في القياس أيضا ، بل لا بد مع ذلك أن يدرك بالغة فتأمل هل يوجب ذلك هنا (قال المصنف : ويجوز استئجار الأراضي للزراعة لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها) أقول : إنما قال ذلك ، لأن كون المنفعة مقصودة يتبادر استيفاءها بقصد الإجارة ويمرّ بها بالتأمل من

بمخلاف ما إذا انقضت المدة والزرع ينقل حيث يترك بأجر المثل إلى زمان الإدراك لأن له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانيين . قال (إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرّم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه فله ذلك) وهذا برضا صاحب الفرس والشجر ، إلا أن تنقص الأرض بقلعهما فيحتدّ بتملكهما بغير رضاه . قال (أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والأرض لهذا) لأن الحق له فله أن لا يستوفيه . قال (وفي الجامع الصغير : إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض رطبة فإنها تقلع) لأن الرطاب لا نهاية لها فأشبه الشجر . قال (ويمحوز استئجار الدواب للركوب والجمال) لأنه منفعة معلومة معهودة (فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء) عملا بالإطلاق . ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحدا ليس له أن يركب غيره لأنه تعين مرادا من الأصل والناس يتفاوتون في الركوب فصار كأنه نص على ركوبه (وكذلك إذا استأجر ثوبا للبس وأطلق جاز فيما ذكرنا) لإطلاق اللفظ وتفاوت

ولا بد من بيان ما يزرع فيها لأنه يتفاوت في الضرر بالأرض وعدمه فلا بد من التعيين قطعا للمنازعة انتهى (قوله فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء عملا بالإطلاق) اعلم أن استئجار الدواب للركوب على ثلاثة أوجه : لأن المستأجر إما أن يقول عند العقد استأجرتها للركوب ولم يزد عليه شيئا أو زاد ، فقل هذا إما أن يقول على أن يركب من شاء أو يقول على أن يركب فلان ؛ ففي الوجه الأول يفسد العقد لأن الركوب مما يختلف اختلافا فاحشا فيكون المقود عليه مجهولا ، فإن أركب شخصا ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل لأنه استوفى المقود عليه بعقد فاسد فلا يتقلب إلى الجواز . وفي الاستحسان يجب المسمى ويتقلب جائزا لأن الفساد كان للجهاالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكأنها ارتفعت من الابتداء . لأن عقد الإجارة يتعقد ساعة فساعة ، فكل جزء منه ابتداء ، وإذا ارتفع الجهاالة من الابتداء صح العقد ، فكذا هاتنا . وفي الوجه الثاني

فيكون البناء لهذا والأرض لذلك لأن الحق له فله أن يتركه ، وإن كان الثاني فله أن يغرّم قيمة ذلك مقلوعا لكن برضا المستأجر (وهذا بخلاف الزرع إذا انقضت المدة وهو ينقل حيث يترك بأجر المثل إلى أن يترك لأن له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانيين) وذلك لأننا لو قلناه تضرر المستأجر ، ولو تركنا الأرض بيده بلا أجر تضرر المؤجر ، وفي تركه بأجر رعاية الجانيين فصير إليه . وأورد مسئلة الجامع الصغير لبيان أن الرطبة كالشجرة . قال (ويمحوز استئجار الدواب للركوب والجمال الخ) إذا استأجر دابة للركوب ، فلما أن يقول عند العقد استأجرت للركوب ولم يزد عليه ، أو زاد فقال على أن يركب من شاء ، أو على أن يركب فلان فهي ثلاثة أوجه ، فإن كان الأول فالعقد فاسد لأنه مما يختلف اختلافا فاحشا ، فإن أركب شخصا ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل لأنه استوفى المقود عليه بعقد فاسد فلا يتقلب إلى الجواز ، كما لو اشترى شيئا بجمر أو خنزير . وفي الاستحسان يجب المسمى ويتقلب جائزا لأن الفساد كان للجهاالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكأنها ارتفعت من الابتداء لأنها عقد يتعقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء ، وإذا ارتفعت الجهاالة من الابتداء صح العقد ، فكذا هاتنا . وإن كان الثاني صح العقد ويجب المسمى ، ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره ، لأنه تعين مرادا من الأصل على الوجه الذي قلنا ، فإن أركب غيره بعد ذلك فمطلبت ضمن ، وهذا الوجه هو المذكور في الكتاب أو لا ، والمراد بقوله فإن أطلق الركوب هو أن يقول على أن يركب من شاء ، وإن كان الثالث فليس له أن يتعده لأنه تعين مفيد لا بد من اختياره ، فإن تعده كان ضامنا ، وكذلك

الناس من شرائط صحة الإجارة . قال في البدائع في تعليل هذا الشرط : لأنها عقد شرع ، بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تامل فيه للناس . ثم قال : فلا يحوز استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها والاستظل بها ، لأن هذه منفعة غير مقصودة من الشجر ، ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجرة لتبقيّة ذلك فيه لم يحز لأنه لم يقصد من الشجرة هذا النوع من المنفعة عادة (قوله وإن كان الثاني فله أن يغرّم قيمة ذلك مقلوعا) أقول : وإن شاء رضى بتركها على حالها ولم يذكره المذاهب فتوى على انتفاءه من الكلام (قوله على الوجه الذي قلنا) أقول : آتينا .

الناس في اللبس (وإن قال : على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره فخطب كان ضامنا) لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصيح التعيين ، وليس له أن يتعداه ، وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا . فأما المقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره ، لأن التقييد غير مفيد لعدم التفاوت الذي يضرّ بالبناء ، والذي يضرّ بالبناء خارج على ما ذكرنا . قال (وإن سمى نوعا وقدر ما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر أو أقل كالشعير والسسم) لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت ، أو لكونه خيرا من الأول (وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالملح والحديد)

يصح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره ، لأنه تعين مرادا من الأصل فصار كأنه نص على ركوبه ابتداء . وفي الوجه الثالث ليس له أن يتعداه لأنه تعين مفيد لا بد من اعتباره فإن تعدّى صار ضامنا وحكم الحمل كحكم الركوب في جميع هذه الأوجه كما قالوا . ثم اعلم أن الشراح اختلفوا في تعيين أن المراد يقول القدوري : فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء ، أي وجه من هاتيك الأوجه الثلاثة ، فجزم فرقة منهم كتاج الشريعة وصاحبى الغاية والعناية بأن المراد بذلك هو الوجه الثاني وهو أن يقول على أن تتركب من شئت ، وأن المراد بالإطلاق التعميم بدون التقييد بركوب شخص بعينه كما جزم به الإمام الراهدى والإمام أبو نصر الأقطع في شرحهما مختصر القدوري ، وجزم فرقة أخرى منهم كأصحاب النهاية والكفاية ومراجع الدراية الحمل على الوجهين : أحدهما آخر أحوال الوجه الأول وهو انقلاب العقد إلى الجواز بعد ما وقع فاسدا بأن يكون معنى قوله فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء لو أركب من شاء ينقلب العقد إلى الجواز بعد ما وقع فاسدا . وثانيهما الوجه الثاني كما ذكرناه من قبل . إذا عرفت هذا فاقول إن تحليل المصنف هذه المسئلة : أضى قوله فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء بقوله عملا بالإطلاق يقتضى أن يحمله للمصنف على الوجه الثاني فقط لأنه إنما يمتشى عند الحمل على الوجه الثاني لا عند الحمل على آخر الوجه الأول إذ لا شك أن عملا انقلاب العقد إلى الجواز في الوجه الأول إنما هي تعين المعقود عليه بقاء لإطلاقه ، وإنما الإطلاق عملة الفساد ابتداء . ومن هذا فسر صاحب الكفاية معنى الإطلاق هاهنا بالوجه الثاني ثم علل المسئلة بما علل به المصنف حيث قال : فإن أطلق بأن قال على أن يركب أو يلبس من شاء جاز له أن يركب أو يلبس من شاء عملا بإطلاق اللفظ انتهى فتدبر (قوله وإن سمى نوعا وقدر ما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر أو أقل كالشعير والسسم) كلاهما مثال لما هو أقل في الضرر ، وأما مثال

كل ما يختلف باختلاف المستعملين كالثوب والخيمة ، وحكم الحمل كحكم الركوب ، ويخلاف المقار فإنه إذا شرط سكنى واحد بعينه جاز إسكان غيره لأن التقييد غير مفيد لعدم التفاوت . فإن قيل : قد تفاوت السكان أيضا ، فإن سكنى بعض قد يتضرر به كالحداد ونحوه . أجاب بقوله (والذي يضرّ بالبناء خارج على ما ذكرنا) واعتبر ما ذكرتك لك تستغن عما في النهاية من التطويل ، وقول المصنف ويجوز استئجار الثواب للركوب معناه لركوب معين ، إما ناصا حقيقة أو تقديرا (وإن سمى نوعا ومقدارا من شئ يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة بعينها فله أن يحمل ما هو مثله في الضرر) كحنطة أخرى غير ها (أو) ما هو (أقل) ضررا (كالشعير والسسم) فإنها إذا كانا خمسة أقفزة كان أقل وزنا فكان أقل ضررا . وذكر في النهاية أن في الكلام لفا ونشرا ، فإن الشعر ينصرف إلى المثل والسسم ينصرف إلى الأقل إذا كان التقدير من حيث الكيل ، وليس بواضح فإن السسم أيضا مثل إذا كان التقدير من حيث الكيل ، وإنما جاز له ذلك لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت (يعنى به إذا كان مثلا (أو لكونه خيرا) يعنى به إذا كان أقل ضررا) (وليس له أن يحمل ما هو أكثر ضررا من الحنطة كالملح) إذا كان

(قوله أو تقديرا) أقول : كما في الوجه المذكور في الكتاب أولا (قوله وليس بواضح) أقول : وفيه بحث ، فإن صاحب النهاية يدعى أن

لانعدام الرضا فيه (وإن استأجرها ليحمل عليها قطنا سياه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدا) لأنه ربما يكون أضرّ بالدابة فإن الحديد يجتمع في موضع من ظهرها والقطن ينسبط على ظهرها . قال (وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فغطيت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل) لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقل لعلمه بالقروسية ، ولأن الآدى غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنائيات . قال (وإن استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الخنطة فحمل عليها أكثر منه فغطيت

ما هو مثل في الضرر فكما إذا سمي خمسة أفقرة حنطة بعينها فحمل خمسة أفقرة حنطة أخرى ، وإنما ترك هذا في الكتاب لظهوره . قال صاحب التباية في شرح قوله كالشعر والسمسم : هذا لغف ونشر ، فإن الشعر ينصرف إلى المثل والسمسم ينصرف إلى الأقل إذا كان التقدير فيها من حيث الكيل لأن من حيث الوزن انتهى . وتبعه الشارح الكاشي كما هو دأبه في أكثر الأحوال . وقال صاحب غاية البيان : قال بعضهم : فيه لغف ونشر يرجع قوله كالشعر إلى قوله مثل الخنطة ، ويرجع قوله والسمسم إلى قوله أقل ، وليس ذلك بشيء لأن الشعر ليس مثل الخنطة بل أخف منها ، ولهذا لو شرط أن يحمل عليها مائة رطل من الشعر فحمل عليها مائة رطل من الخنطة ضمن إذا غطيت ، فلو كان مثلا لما لم يضمن ، كما لو شرط أن يحمل عليها حنطة زيد فحمل عليها حنطة عمرو بذلك الكيل ، بل قوله كالشعر والسمسم جميعا نظير قوله أقل ، إلى هنا كلامه . وقال صاحب العناية : وذكر في التباية أن في الكلام لغا ونشرا فإن الشعر ينصرف إلى المثل والسمسم ينصرف إلى الأقل إذا كان التقدير من حيث الكيل ، وليس بواضح فإن السمسم أيضا مثل إذا كان التقدير من حيث الكيل انتهى كلامه . أقول : فيه خبط واضح ، فإنه إذا كان التقدير من حيث الكيل فلماذا يكون السمسم مثل الخنطة في الكيل ، ولا شك أن المراد بالمثل والأقل هاهنا ما هو مثل وأقل في الضرر كما صرح به في نفس الكتاب ، وإنما تكون الخلية في الضرر بالتساوى في الوزن والأقلية في الضرر بالقلّة في الوزن ، وانتفاء التساوى في الوزن بين السمسم والخنطة إذا كان التقدير من حيث الكيل أمر بدى ، فكان صاحب العناية توهم من كون التقدير من حيث الكيل كون الخلية والأقلية أيضا من حيث الكيل وهو عجب من مثله . نعم يرد على ما ذكر في التباية منع كون الشعر مثل الخنطة في الضرر إذا كان التقدير من حيث الكيل كما أفصح عنه صاحب العناية (قوله وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فغطيت ضمن نصف قيمتها) قال صاحب العناية : قيل وإنما قيد بكونه رجلا لأنه إذا أردف صبيا

مثلا كيلا لأنه أثقل (لانعدام الرضا فيه ، وإن استأجرها ليحمل عليها مقدارا من القطن فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدا لأنه ربما كان أضرّ على الدابة لاجتماعه في موضع من الظهر ، بخلاف القطن فإنه ينسبط عليه) وإنما ذكره مع كونه معلوما مما سبق لأن ذلك كان نظير المكمل وهذا نظير الموزون (وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فغطيت ضمن نصف قيمتها) سواء كان الرديف أخف أو أثقل من الراكب (ولا معتبر بالثقل لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقل لعلمه بالقروسية ، ولأن الآدى غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنائيات) والجناة جمع جان كاللينة جمع باغ ، فإنه إذا جرح رجل رجلا جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطأ فالتباية بينهما أنصافا لأن ربّ جراحة واحدة أكثر تأثيرا من عشر جراحات . قيل وإنما قيد بكونه رجلا لأنه إذا أردف صبيا ضمن بقله ثقله إذا كان لا يستمسك بنفسه لأنه بمنزلة الحمل (وإن استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الخنطة فحمل عليها أكثر منه فغطيت

خمس أفقرة من الشعر مثل خمسة أفقرة من الخنطة في الضرر ، فالجواب منع ذلك لاما ذكره الشارح كالابن (قوله لأنه أثقل لانعدام الرضا فيه) أقول : الأول أن يقال : ولا يرضى به المؤجر (قال المصنف : وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا) أقول : قال صاحب الكفاية : قيد بقله رجلا لأنه لو أردف صبيا لا يستمسك بنفسه مازاد الثقل ، وإن كان صبيا يستمسك فهو كالرجل انتهى إلا أن الأدلّ الثاني يدل على خلاف ذلك (قوله وقيل وإنما قيد ، إلى قوله : لأنه بمنزلة الحمل) أقول : إلا أن قوله ولأن الآدى غير موزون يدل على

ضمن ما زاد الثقل) لأنها عبطت بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما (إلا إذا كان حملا لا يطبقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها) لعدم الإذن فيها أصلا لخروجه عن العادة . قال (وإن كبح الدابة بلجامها أو ضربها فغطيت ضمن عند أي حنيفة ، وقالوا : لا يضمن إذا فعل فعلا متعارفا) لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا بإذنه فلا يضمنه . ولأن حنيفة رخصه الله أن الإذن مقيد بشرط

ضمن بقدر ثقله إذا كان لا يستمسك بنفسه لأنه بمنزلة الحمل انتهى . وقال بعض الفضلاء : إلا أن قوله ولأن الآدى غير موزون يدل على خلاف ذلك ، ولعل تصدير الكلام بصيغة التريض لذلك انتهى . أقول : ليس الأمر كذلك ، لأن الصبي الذي لا يستمسك بنفسه لما صار بمنزلة الحمل صار بمنزلة غير الآدى فلم يدخل تحت قوله ولأن الآدى غير موزون فلم يكن ما قيل على خلاف ذلك الدليل ، ويرشد إليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال : ثم اتفق في اعتبار عدد الراكب في الآدى لا الثقل هو أن الآدى مخصوص بعلم القروسية ، وعن هذا قال شمس الأئمة الحلواني : هذا الذي ذكره من الجواب فيها إذا أردف مثله ، وأما إذا أردف صبيا يضمن بقدر ثقله ، لكن هذا في الصبي الذي لا يستمسك بنفسه وكان مثله بمنزلة الحمل كذا في النسخة ، إلى هنا لفظ النهاية تأمل ترشد ثم إنه لا مجال للقصد إلى تضعيف ذلك القول لأنه مما تقرر في عامة معتبرات الفتاوى ، وناهيك بقول شمس الأئمة الحلواني ذلك الإمام المحقق : ومن المجانب ما هنا أنه لما قال صاحب الكافي : ولأن الآدى لا يوزن بالقبان بدل قول صاحب المداية ولأن الآدى غير موزون ثقله الشارح العيني وقال فيه نظر ، وقد شاهدنا كثيرا من الناس وزنوا أنفسهم بالقبان ليحرفوا وزنها ، ولكن لا يضبط هنا على ما لا يخفى انتهى فكانه زعم أن مراد صاحب الكافي أنه لا يمكن أن يوزن الآدى بالقبان أصلا وهل يوجد في العالم من الممكنات القائمة بذاتها شيء لا يمكن أن يوزن أصلا إلا أن يكون مجردا أو جسما لطيفا (قوله وقالوا : لا يضمن إذا فعل فعلا متعارفا ، لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد الخ) قال صاحب

ضمن ما زاد الثقل لأنها عبطت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه وسبب الهلاك الثقل فانقسم عليهما (إذا كان ثقلها يطبق حمله) . وأما إذا كان حملا لا يطبقه ثقلها ضمن كل قيمتها لعدم الإذن فيها أصلا لخروجه عن العادة) كما إذا كانت الزيادة من خلاف جنس المسمى ، كمن استأجرها ليحملها خمسة أفقره من شعير فحملها مثل كيلة حنطة فإنه يضمن جميع قيمتها لعدم الإذن ، بخلاف ما إذا كانت من جنسه لأنه مأذون في مقدار المسمى وغير مأذون في الزيادة فيوزع الضمان . ونوقض بما لو استأجر ثورا ليطحن به عشرة عتائم حنطة فطحن أحد عشر غنوما فهلك ضمن الجميع وإن كانت الزيادة من الجنس . وأجيب بأن الطحن إنما يكون شيئا فشيئا فإذا طحن العشرة انتهى الإذن ، فبعد ذلك هو في الطحن تخالف في استعمال الدابة بغير الإذن فيضمن الجميع ، فأما في الحمل فيكون جملة واحدة فهو مأذون في بعض دون بعض فيوزع الضمان على ذلك ، وبهذا يتضح ما قيل على ما إذا استأجرها ليركبها فأردفها رجلا فإنه يجب عليه ضمان كل القيمة ، لأنه إذا استأجرها ليركبها بنفسه فأركبها غيره ضمن جميع القيمة ، فإذا أردف قد أركب غيره وركب أيضا فركوبه زيادة ضرر عليها ، فإن لم يوجب زيادة لا يوجب نقصانا لا محالة ، لأنه في الإركاب مضرد مخالف من كل وجه . وفي الإرداف مأذون من وجه دون وجه وهو يقع جملة كما مر . قال (وإن كبح الدابة بلجامها الخ) وإن كبح الدابة بلجامها : أي جنبها إلى نفسه لتقف ولا تجرى أو ضربها فغطيت ضمن عند أي حنيفة ، وقالوا : لا يضمن إذا فعل فعلا متعارفا ، لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد ، وما يدخل تحته لا يوجب الضمان لحصوله بإذنه . وفي عبارته تسامح لأن المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته . والجواب أن اللام في المتعارف للمهد أي

خلاف ذلك ، ولعل تصدير الكلام بصيغة التريض لذلك (قوله لعدم الإذن فيها أصلا لخروجه عن العادة) أقول : فيه تأمل ، ولعل المراد لعدم اعتبار الإذن ، فإنه لما كان ماحله خارجا عن العادة ظهر أنه قصد إلتلاف الدابة فلم يبق لاعتبار الإذن معنى (قوله وفي بارة تسامح لأن المتعارف مراد الخ) أقول : ويجوز أن يقال : المراد بالتحول علم الخروج .

السلامة إذ يتحقق السوق بدونه ، وإنماهما للمبالغة فيتعبد بوصف السلامة كالمرور في الطريق . قال (وإن استأجرها إلى الحيرة فجاوز بها إلى القاصية ثم ردها إلى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن ، وكذلك العارية) وقيل تأويل هذه المسئلة إذا استأجرها ذاهبا لاجتائيا لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا إلى يد المالك معنى . وأما إذا استأجرها ذاهبا وجائيا فيكون بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق . وقيل لا ، بل الجواب يجري على الإطلاق . والفرق أن المودع بأمر بالحفظ مقصودا فبقي الأمر بالحفظ بعد العود إلى الوفاق فحصل

العناية : وفي عبارته تسامح لأن المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل محته . والجواب أن اللام في المتعارف للعهد : أي الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وحيث أن يكون داخلا لا مرادا ، لأن العقد المطلق يتناوله وغيره اه كلامه . وتصرف بعض الفضلاء في كل من جانبي السؤال والجواب . أما في الأول فبان قال : ويؤيد أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج ؛

الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف ، وحيث أن يكون داخلا لا مرادا لأن العقد المطلق يتناوله وغيره . ولأن حنيفة القول بالجواب : أي سلمنا أنه حاصل بالإذن ، لكن الإذن فيما ينقض به المأذون مقيد بشرط السلامة إذا أمكن تحقق المقصود بها ، وهاتما يمكن إذ يتحقق السوق بدونه فصار كالمرور في الطريق (وإن استأجرها إلى الحيرة) بكسر الحاء المهملة مدينة كان يسكنها النعمان بن النضر وهي على رأس ميل من الكوفة (فجاوز بها إلى القاصية) موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا .

(ثم ردها إلى الحيرة ثم نفقت ضمتها وكذلك العارية) واختلف المشايخ في معنى هذا الوضع . فذهب من أول المسئلة بأن المراد هو إن استأجرها ذاهبا فقط لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير المستأجر بالعود من القاصية إليها مردودا إلى يد المالك معنى فإنه لما كان مودعا معنى فهو نائب المالك والرد إلى النائب رد إلى المالك معنى . أما إذا استأجرها ذاهبا

وجائيا كان بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق . ومنهم من أجرى على الإطلاق وقرئ بينه وبين المودع بأن المودع بأمر بالحفظ مقصودا وهو ظاهر ، وكل من هو كذلك يبقى أمورا بالحفظ بعد العود إلى الوفاق لقوة الأمر لكونه مقصودا ، وحيث أن يكون الرد ودا إلى نائب المالك والمستأجر والمستعير أمورا بالحفظ تبعاً للاستعمال لا مقصودا ، فإذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم يبق نائباً ليكون الرد رداً إليه ، ولا يرد إلا بالرد إلى المالك أو نائبه .

ونوقض غصائب الغاصب إذا رد الغاصب فإنه يرد إلى من لم يوجد الرد على أحد هذين . والجواب أن الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة ، وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما بل هو أن تحصل البراءة بسبب آخر .

والسبب في غصائب الغاصب هو الرد إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل . فإن قيل : الرد إلى المالك أو نائبه لئلا يتعدى وهو يصلح متبرئا عن الضمان ، والرد إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ليس كذلك فلا تسلم صلاحته لذلك . فالجواب أن الرد على الغاصب رد على من عليه ضمان الغاصب الأول ، وتقرر

الضمان على الغاصب بوجوب سقوطه عن غصائب الغاصب لثبوت التفرقة بينهما ، فإن يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ، وموتة الرد على المالك كأي الوديعة بخلاف الإعارة . والجواب أن الاتحاد بين الشئين من كل وجه يرفع الاعتماد فلا بد من تفرقة ليصح الإلحاق ، والاتحاد في النطاق كاف للإلحاق وهو موجود ، فإن النطاق هو التجاوز عن المسمى

(قوله في الكبح المتعارف) أقول : وهل الأول أن يقال إن الفعل المتعارف (قوله إذا أمكن تحقق المقصود بها الخ) أقول : الشئ في قوله بهما يرجع إلى قوله السلامة (قوله إذ يتحقق السوق بدونه) أقول : أي بدون الضرب كتصريك الرجلين والصباح (قوله فإنه لما كان مودعا معنى الخ) أقول : تأمل في هذا التحليل (قوله ونوقض غصائب الغاصب ، إل قوله : على أحد هذين) أقول : لا بد أن يقال إن الغاصب وفرضية أن يكون مالكا بسبب تقرر الضمان عليه فكان الرد إليه كالرد على المالك (قوله بل هو أن تحصل البراءة بسبب آخر) أقول : لا يقال كيف يستقيم الخسر للمدلول عليه بقوله ولا يرد إلا بالرد إلى المالك أو نائبه لظهور صفة بالنظر إلى ما نحن بسعده . نعم قد يكون للمستأجر الذي فعل ما فعل مستأجرا من غاصب للثابت بتقدير (قوله في إلحاق العارية) أقول : القتال عيسى بن أبان (قوله والجواب أن الاتحاد بين الشئين من كل وجه الخ) أقول : فيه نوع تأمل ، فإن مراد القتال إنه إذا كان يد المستأجر كيد المالك ينبغي أن يرد المستأجر من الضمان

الرد إلى يد نائب المالك ، وفي الإجارة والعارية يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً ، فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود وهذا أصح . قال (ومن أكثرى حماراً يسرج يسرج فزعر السرج وأسرجه يسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه) لأنه إذا كان يماثل الأول تناوله إذن المالك ، إذ لا فائدة في التقييد بغيره إلا إذا كان زائداً عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة (وإن كان لا يسرج بمثله الحمر ضمن) لأنه

وأما في الثاني فبان قال : ولعل الأول أن يقال أي الفعل المتعارف اه . أقول : كل من تصرفه ساقط . أما الأول فلا يكون المراد بالدخول عدم الخروج لا يفتح التسامح في العبارة ، فإن ذلك المعنى خلاف الظاهر من لفظ الدخول جداً ، فإرادة ذلك منه عين التسامح في العبارة . وأما الثاني فلا أنه لو قال في تفسير المعهود : أي الفعل المتعارف لم يتم الجواب ، إذ الفعل المتعارف مطلقاً مراد بمطلق العقد لا داخل محته ، وإنما الداخل محته الفعل المتعارف الخصوص وهو هاهنا الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وإن أراد بالفعل المتعارف في التفسير الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف دون الفعل المتعارف مطلقاً احتاج إلى تفسير آخر في تعيين المراد ، فالأولى ما في العناية كما لا يخفى (قوله وفي الإجارة والإعارة يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً) فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود) فإنه لما جاوز الحجرة صابراً غاصباً للدابة ودخلت الدابة في ضمانه ، والغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد " حل المالك أو حل من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد ، كذا في الكافي وعامة الشروح . ونوقض بغاصب الغاصب إذا رد المصوب على الغاصب فإنه يبرأ وإن لم يوجد الرد على أحد هذين . وأجيب عنه في النهاية وكثير من الشروح بأننا تزيد في المأخذ فتقول : إنما يبرأ بالرد إلى أحد هذين أو إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ، والغاصب الأول لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ، وبزعمه في النهاية ومعراج الدرية إلى القوائد الظهيرية . وقال في العناية : والجواب أن الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة ، وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد " حل أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر . والسبب في غاصب الغاصب هو الرد إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل اه . أقول : يرد عليه أن قوله وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر مما ينافيه الحصر المستفاد من قولهم والغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ، ومورد النقض ليس إلا الحصر المستفاد من تلك المقدمة ، اللهم إلا أن يحمل

متعباً لم الرجوع إليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصوداً وذلك موجود فيما لا محالة (قوله وهذا) أي الإجراء على الإطلاق أصح (ومن أكثرى حماراً يسرج) فاستعماله بهواففة ، فإن نزع فلما أن يستعمله يسرج آخر وإكاف . وكل منهما على قسمين : إما أن يسرج يسرج يسرج بمثله الحمر أولاً وكذلك الإكاف ، فإن أسرج بمثل فلا ضمان عليه ، لأنه لما كان مثله تناوله الإذن إذ لا فائدة في التقييد بغيره : أي من حيث المنع : يعني لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحبها إذا كان غيره يماثله ، وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو واضح . وقوله (إلا إذا كان زائداً عليه في الوزن) استثناء من قوله فلا ضمان عليه فلان الزائد لم يتناوله الإذن فكان مأذوناً في المسمى غير مأذون في الزيادة ، وفي مثله يضمن الزيادة إذا كانت من جنس المسمى وتوضع على الدابة دفعة كما تقدم في الحنطة ، وإن أسرج بما لا يسرج به مثله مثل أن يسرجه يسرج البرذون

فهما نحن فيه بالرد إلى يده ، ولا كذلك العارية ، فالتناسب في الجواب هو التعرض لدليله بأنه لا يلزم منه مطلوبه كما فعل غيره من الشارع فليماثل (قال المصنف : ومن أكثرى حماراً يسرج الفخ) أقول : إذا استأجر حماراً يسرج فأسرجه يسرج لا يسرج بمثله الحمر فهو ضامن بقدر ما زاد بالاتفاق الروايات بالإجماع ، وإن كان السرج الثاني أخف من الأول أو مثله فلا ضمان ، كذا في الفضل السابع والعشرين من إجازات المحقق البرهاني ، ولا يخفى عليك مخالفتي لما في الهداية (قوله يعني لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغير هذا السرج الفخ) أقول : ولا يبعد أن يقال التفسير في قوله غيره راجع إلى سرج يسرج بمثله الحمر كالضائر السابقة ، فلماذا بغيره هو غير السرج الذي صحت صاحبها فتمام .

لم يتناولوه إلاذن من جهته فصار مخالفاً (وإن أوكفه بإكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن) لما قلنا في السرج وهذا أولى (وإن أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر يضمن عند أبي حنيفة ، وقالوا : يضمن بحسابه) لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضياً به ، إلا إذا كان زائداً على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لأنه لم يرض بالزيادة فصار كالتزيادة في الحمل المسمى إذا كان من جنسه . ولأبي حنيفة رحمه الله أن الإكاف ليس من جنس السرج لأنه للحمل والسرج للركوب ، وكذا يتبسط أحدهما على ظهر الدابة ما لا يتبسط عليه الآخر

ذلك الحصر على القصر الإضافي دون الحقيقي ، فلمن أن الغاصب لا يبرأ إلا بالرد على أحدهما بالأموال ، فلا يتناهى جواز أن تحصل البراءة بسبب آخر ، وقصد بعض الفضلاء أن يجب عما يرد على ما في العناية بوجه آخر حيث قال : لا يقال كيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نأته لظهور صحته بالنظر إلى ما نحن فيه . نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجراً من غاصب الدابة فتدبر اه كلامه . أقول : ليس ذلك بمستقيم لأن قولهم والغاصب لا يبرأ إلا بالرد على المالك أو نأته في حيز الكبرى من الشكل الأول بأن يقال : المستأجر فيما نحن فيه غاصب بمجاوزة الحيرة ، وكل غاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك أو نأته فهو لا يبرأ عنه إلا بأحدهما ، ولم يوجد هنا شيء منهما ، فظهور صحة الحصر بالنظر إلى ما نحن فيه لا يفيد صحته بالنظر إلى كلية الكبرى والكلام فيها ، ولو كان مراد صاحب العناية بقوله ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نأته أن المستأجر فيما نحن فيه لا يبرأ إلا بالرد على أحدهما ، لأن الغاصب مطلقاً لا يبرأ إلا بالرد على أحدهما لما كان لتفرض بغاصب الغاصب إذا رد المصوب على الغاصب مساس بكلامه فلا يكون للذكر وجوبه عنه وجه . فإن قيل : يجوز أن يكون مراده حيثئذ بغاصب الغاصب في التفرض هو المستأجر الذي استأجر من غاصب الدابة وفعل ما فعل الغاصب لا غاصب الغاصب مطلقاً فيكون لتفرض الزبور مساس بكلامه أيضاً . قلنا : فلا يصح الحصر المزبور إذ ذاك بالنظر إلى ما نحن فيه أيضاً فلا يتم المطلوب . فافهم في الجملة تصحيح ما في العناية إنما هو حل الحصر على القصر الإضافي كما نبهنا عليه من قبل . قال في النهاية : فإن قلت : إلحاق الإجارة بالعارية في حكم الضمان غير مستقيم لما أن به المستأجر كيد المالك حتى يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالودع بخلاف المستعير ، وكذلك مونة الرد على المالك في الإجارة كما في الردعية بخلاف الإعارة . قلت : هذا هو الذي تشبه به يميني بن أبان في الطعن في جواب الكتاب ، ولكننا نقول : رجوعه بالضمان للغرور المتضمن بعقد المعاوضة ، وذلك لا يدل على أن يده ليست كيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور ، وكذلك مونة الرد عليه لما قلنا من

ضمن القيمة كلها لأنه لم يتناولوه إلاذن من جهته فصار مخالفاً (وإن أوكفه بإكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج) إنه لم يتناولوه إلاذن . (وهذا أولى) لأنه من خلاف جنسه (وإن أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر يضمن عند أبي حنيفة) ولم يبين مقدار المضمون اتباعاً لرواية الجامع الصغير لأنه لم يذكر فيه أنه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن . وذكر في الإجازات يضمن بقدر ما زاد . فن الشايع من قال : ليس في المسئلة وروايتان ، وإنما المطلق معمول على المنفسر ، ومنهم من قال فيها روايتان : في رواية الإجازات يضمن بقدر ما زاد ، وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة ، قال شيخ الإسلام : وهذا أصح . وتكلموا في معنى قول أبي يوسف وعبد يضمن بحسابه وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة ، فهم من قال : المراد المساحة حتى إذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شهرين والإكاف قدر أربعة أشهر يضمن نصف قيمتها ، ومنهم من قال : معناه بحسابه في الثقل والخفة حتى إذا كان وزن السرج متونين والإكاف ستة أمتاء يضمن ثلثي قيمتها ، وإليه أشار المصنف في الدليل حيث قال (لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضياً به ، إلا إذا كان زائداً على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لأنه لم يرض بها فصار كالتزيادة في الحمل المسمى إذا كان من جنسه . ولأبي حنيفة أن الإكاف ليس من جنس السرج لأنه للحمل والسرج للركوب ، ويتبسط أحدهما على الظهر أكثر من الآخر) فصار كما لو ممي

فكان مخالفا كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة . قال (وإن استأجر حالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه ، وإن بلغ فله الأجر) وهذا إذا لم يكن بين الطريقتين تفاوت ، لأن عند ذلك التقييد غير مفيد ، أما إذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فإن التقييد مفيد إلا أن الظاهر عدم التفاوت إذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل (وإن كان طريقا ليسلكه الناس فهلك ضمن لأنه صح التقييد فصار مخالفا (وإن بلغ فله الأجر) لأنه ارتفع الخلاف معنى وإن بقي صورة . قال (وإن حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن) لفحص التفاوت بين البر والبحر (وإن بلغ فله الأجر) لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى . قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها)

المنفعة له في الفل ، فأما يد المستأجر يد نفسه لأنه هو المتعقد في استمساك العين المستأجر ، إذ لو لم يكن له في استمساك العين نفع لما اختار استمساك العين على ماله من الأجرة اه . وعلى هذا النوال ذكر طعن عيسى بن أبان والجواب عنه في كبر من الشروح ، وعزاه في الكفاية إلى المبسوط . وقال في الناية : قيل لإحقاق الإعارة بالإجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما ، فإن يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع وموثة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الإعارة . والجواب أن الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليحقق الإلحاق ، والاتحاد في الناطق كاف للإلحاق وهو موجود ، فإن الناطق هو المتجاوز عن المسمى متعلبا ثم الرجوع إليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيهما لامتناع اه . أقول : هذا الجواب ليس بمستقيم ، لأن الاتحاد في الناطق المزبور غير كاف للإلحاق على تقدير ثبوت التفرقة المذكورة في الطعن ، بل لا يكون ذلك مناطا للإلحاق في حكم الضمان ، فإن يد المستأجر إن كان كيد المالك كان تعدى المستأجر بالتجاوز عن المسمى في حكم تعدى المالك في مال نفسه فلا ينبغي أن يضمن المستأجر شيئا بخلاف المستعير فلا يتم إلحاق واحدة من الإجارة والعارية بالأخرى ، فالصواب في الجواب منع ثبوت التفرقة المذكورة بمنع دلالة ما ذكر في الطعن على كون يد المستأجر كيد المالك كما هو حاصل ما ذكر في الناية وسائر الشروح على ما نقلناه آنفا (قوله) كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة (قال صاحب الناية : فيه نظر ، لأنه عكس ما يجب فيه من المثال

حنطة وحمل يوزنها شعرا فإنه يضمن لأن الشعر ينسبط على ظهر الدابة أكثر من الحنطة (فكان مخالفا) وقوله (كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة) فيه نظر ، لأنه عكس ما نحن فيه من المثال ، إلا إذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر إلى الإيساط وعدمه (ومن استأجر حالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فسلك غيره) فلا يخلو إما أن يكون ماسلكه مما يسلكه الناس أولا . فإن كان الأول ، فإما أن يكون بين الطريقتين تفاوت بأن يكون أحدهما أوعر أو أخوف أو نحو ذلك أولا ، فإن كان الثاني فلا ضمان عليه لأن التقييد إذ ذاك غير مفيد ، وإن كان الأول ضمن لصحة التقييد لكونه مفيدا . فإن قيل : محمد أطلق الرواية لأنه لا ضمان عليه فيما إذا أخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد في هذا التصيل . أجاب بقوله (إلا أن الظاهر عدم التفاوت إذا كان الطريق يسلكه الناس فلم يفصل) وإن كان الثاني : أعني ما يسلكه الناس فهلك ضمن لصحة التقييد فصار مخالفا ، وإذا بلغ فله الأجر لأنه ارتفع الخلاف معنى وإن بقي صورة (وإن حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن لفحص التفاوت بين البر والبحر) حتى أن للمودع أن يسافر بالوديعة في طريق البر فون البحر ، فإن بلغ فله الأجر (لأنه ارتفع الخلاف بحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى) وإن بقي صورة . قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها)

أرضاً لزراعة شيء فزرع مثله في الضرر بالأرض وما هو أقل منه يوجب الأجر لأنه موافقة أو مخالفة إلى خير وزرع ما هو أضر بها كالطلب فيمن استأجرها لزراعة الحنطة فخالقه إلى شيء يصير به المستأجر غاصبا فيجب عليه ضمان ما نقص ، ويسقط الأجر لأن الأجر والضمان لا يجتمعان إذ الأجر يستلزم عدم التعدد والضمان يستلزمه وتنافي اللوازم يدل على تنافي

لأن الرطاب أضرّ بالأرض من الخنطة. لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافا إلى شرّ فيضمن ما نقصها (ولا أجر له) لأنه غاصب للأرض على ما قرناه . قال (ومن دفع إلى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخطه قباء ، فإن شاء ضمنه قيمة الثوب وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به درهما) قيل : معناه القمطف الذى هو ذو طاق واحد ، لأنه يستعمل استعمال القميص . وقيل هو مجرى على إطلاقه لأنهما يتقاربان في المنفعة . وعن أبى حنيفة أنه يضمه من غير خيار لأن القباء خلاف جنس القميص . ووجه الظاهر أنه قميص من وجه لأنه يشدّ وسطه ، فمن هذا الوجه يكون مخالفا لأن القميص لا يشدّ وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيعمل إلى أبى الجهمين شاء ، إلا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة . ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الإجازات الفاسدة على ما نبينه في باب إن شاء الله تعالى . ولو خاطه سراويل وقد أمر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة ، والأصح أنه يغير للانحداد في أصل المنفعة وصار كما إذا أمر بضرب طست من شبه ضرب منه كوزا فإنه يغير كذا هذا ، والله أعلم .

(باب الإجارة الفاسدة)

قال (الإجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع) لأنه بمنزلة ، ألا ترى أنه عقد يقال ويفسخ (والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى) وقال زفر والشافعي : يجب بالغما ما بلغ اعتبارا ببيع الأعيان .

إلا إذا جمل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر إلى الانبساط وعلمه اه . وقال الشارح العيني بعد نقل ما قاله صاحب العناية : قلت : ليس فيه عكس ، لأن الحديد قدر وزن الخنطة المشروطة لا يأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذ الخنطة وهذا ظاهر اه . أقول : بل فساد كلامه ظاهر ، لأن تعليله يتأتى ما ادّعاه ، فإن الحديد الذى هو قدر وزن الخنطة المشروطة إذا لم يأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذ الخنطة المشروطة تعين العكس حيث كان ما حملة المستأجر على الدابة وهو الحديد أقلّ انبساطا على ظهر الدابة مما شرط له في العقد وهو الخنطة ، وقد كان فيما نحن فيه ما وضعه المكثري على الحمار وهو الإكاف أكثر انبساطا مما عين له في العقد وهو السرج ، وهو عكس ذلك لا محالة .

(باب الإجارة الفاسدة)

تأخير الإجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج إلى معذرة لوقوعها في محلها كما لا يخفى (قوله والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى) قال جمهور الشراح : أى الواجب فيها هو الأقل من أجر المثل ومن المسمى ، وقالوا : هذا الحكم

المزومات . وقوله (ومن دفع إلى خياط ثوبا . ظاهر .) وقوله (وينتفع به انتفاع القميص) يريد به ستر العورة ودفع الحرّ والبرد . وقوله (لقصور جهة الموافقة) لأن صاحب الثوب رضى بالمسمى مقابلا لخياطة القميص دون القباء ، والباقي ظاهر .

(باب الإجارة الفاسدة)

تأخير الإجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج إلى معذرة لوقوعها في محلها . قال (الإجارة تفسدها الشروط) تفسد الإجارة

(قوله لأن صاحب الثوب الخ) أقول : تعليل لقوله يجب أجر المثل بعد ما علل بقوله لقصور جهة الموافقة : أى يجب أجر المثل ولا يجب للمسمى لقصور جهة الموافقة لأن صاحب الثوب الخ .

(باب الإجارة الفاسدة)

ولنا أن المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها ، إلا أن الفاسد تبع له ، ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة ، لكنهما إذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد أسقطا الزيادة ، وإذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية ، بخلاف البيع لأن العين متقومة في نفسها وهي الموجب الأصلي ، فإن

إذا كان فساد الإجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية ، لأنه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الأجر بالغا ما بلغ كما صرح به في الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيه خان . وقال صاحب العناية : والواجب في الإجارة التي فسدت بالشروط الأقل من أجر المثل والمسمى ، وقال : إنما جعلت اللام في قوله في الإجارة الفاسدة للعهد كما رأيت بسياق الكلام ودفعنا لما قبل الأقل من الأجر ومن المسمى إنما يجب إذا فسدت بشرط ، أما إذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغا ما بلغ ، نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيه خان اه كلامه . أقول : فيه شيء . أما أولا فلا أن قوله والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل الخ لفظ القدوري في مختصره ، ولا دلالة لسياق كلامه على كون اللام في قوله المذكور للعهد ، لأن قوله الإجارة تفسد بالشروط كما يفسد البيع لم يذكر في مختصره قبيل قوله المذكور ، بل ذكر قبل مقدار الوردتين ، ووقع بينهما مسائل كثيرة من مسائل الإجارة الصحيحة والفاسدة بحيث لم يبق بينهما ارتباط ، فلا معنى لأن يجعل سياق الكلام علة لجعل اللام في قوله المذكور للعهد . نعم قد ذكر ذلك في البداية والهداية قبيل قوله المذكور كما ترى لكن الكلام في تصحيح كلام القدوري . وأما ثانيا فلا أنه لو كان اللام في القول المذكور للعهد وكان المعنى ما ذكره لزم أن يكون المذكور في باب الإجارة الفاسدة حكم نوع مخصوص فقط من الإجارة الفاسدة وهو ما فسد بالشروط ، وأن يكون حكم باقي

بالشروط التي فسد البيع بها لأنها بمنزلة في كون كل واحد منهما يقبل الإقالة والفسخ ، والواجب في الإجارة التي فسدت بالشروط الأقل من أجر المثل والمسمى ، وإنما جعلت اللام في قوله في الإجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفعنا لما قبل الأقل من الأجر والمسمى إنما يجب إذا فسدت بشرط ، أما إذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغا ما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيه خان . وقال زفر والشافعي رحمهما الله : يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الأعيان ، فإن البيع إذا فسد وجب القيمة بالغة ما بلغت ، وهذا بناء على أن المنافع عنده كالأعيان . ولنا أن تقوم المنافع ضرورة دفع الحاجة بالعقد ، والضروري يقتدر بقدر الضرورة ، والضرورة تتلغ بالصحيحة فيكتفى بها . وهذا كما ترى

(قوله وإنما جعلت اللام في قوله في الإجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفعنا لما قبل : الأقل من الأجر والمسمى إنما يجب إذا فسدت بشرط ، أما إذا فسدت لجهالة المسمى الخ) أقول : وإن كان بضه معلوما وبضه غير معلوم ، كما إذا استأجر الدار أو الحمام على أجرة مطلوبة بشرط أن يصرها أو يرميها ، وقالوا : إذا استأجر الدار على أن لا يسكنها المستأجر فسدت الإجارة ، ويجب عليه إن سكنها أجر المثل بالغا ما بلغ ، وكذا في شرح القزيلي فخطأ . إذا كان الحال ما سمعت هل ينتفع مادة الإضرار على جعل اللام للعهد ؟ قال في المحيط للعراق : إذا تكرر دارا من رجل سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها فالإجارة فاسدة لأنه شرط في الإجارة ما لا يقتضيه العقد ، والفتاوى فيه متفقة ، فإنه إذا لم يسكن فيها للمستأجر لا يمتثل بقر الوضوء والخروج ، وإذا سكن يمتثل ، وإصلاح ذلك على الأجر فكان للأجير فيه منفعة من ذلك الوجه انتهى . قال الإقناني في شرح قوله : ومن دفع إلى سائك غللا لينسجه بال نصف الخ : لو قال آتيتك هذه الدار شيئا بمشرة على أن لا تسكنها فسدت هذه الإجارة ، وإن سكنها يجب أجر المثل بالغا ما بلغ يزاد على المسمى ولا ينقص عنه ، وهذا أيضا يرجع إلى جهالة المسمى في الحقيقة ، كما قال الإمام فخر الدين قاضيه خان انتهى . ولعل وجهه أن العاقلين لم يحصل المسمى بمقابلة المنافع ، حيث شرط المستأجر أن لا يسكن ، ولا بمقابلة التسليم لأنه لا يتحقق مع فساد العقد ، لأن التسليم هو التخلية وهي التحكين كما سيحى ، وذلك لا يتحقق مع الفساد لوجود اللع من الانتفاع به شرعا فلهذا ألغى المسمى من العياد وقد مر ، فإذا نكح فقد استوفى منافع ليس في مقابلتها بدل فيجب أجر المثل بالغا ما بلغ ، كما إذا لم يذكر في العقد تسمية أصلا ، ولا ينقص عن المسمى لأن المستأجر رضي بالمسمى بدون الانتفاع ، فسد الانتفاع أولى فليدبر ، والله الهادي (قوله بالغا ما بلغ) أقول : لا تغادر المرجح منه (قال المصنف : لأن التسمية تبع له) أقول : ينبغي أن يكون معناها مقومة مطوية مثل أن يقال : ولا يلزم عدم اعتبار الفاسد ، وفي بعض النسخ : إلا أن الفاسد تبع له ،

صحت التسمية انتقل عنه وإلا فلا . قال (ومن استأجر دارا كل شهر بدينهم فالقصد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهر ، إلا أن يسمى بجملة شهر معلومة) لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيها لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما

أنواعها وهي ما فسد لجهالة المسمى وما فسد لعدم التسمية بالإجماع ، وما فسد بالشروع عند أبي حنيفة متروك الذكر بالكلية غير مبين أصلا لا في مختصر القنورى ولا في البداية ولا في الهداية ولا في عامة المعترات ، وهذا مما لا يقبله الفطرة السليمة . وأما ثالثا فلأنه إن اندفع يجعل اللام في القول المذكور للعهد ما قبل على الوجه الذى ذكره . يرد عليه أن يقال من الإجارة الفاسدة بالشروط ما لا يجب فيه الأقل من أجر المثل ومن المسمى بل يجب فيه أجر المثل بالغا ما بلغ ، كما إذا استأجر دارا أو حائوتا ستة مائة درهم على أن يردها المستأجر فإن الواجب على المستأجر هناك أجر المثل بالغا ما بلغ ، صرح به في فتاوى قاضيه خان وغيرها . وذكر في النهاية أيضا نقلا عن فتاوى قاضيه خان إلى غير ذلك من النظائر التى صرح بها في المعترات فينقضى بمثل ذلك قوله الواجب في الإجارة التى فسدت بالشروط الأقل من أجر المثل والمسمى . ثم أقول : الحق حدى أن اللام في القول المذكور ليس للعهد كما زعمه صاحب العناية ، بل هو للاستغراق أو الجنس ، وأنه لا حاجة إلى تعيد الحكم المذكور بأنه فيها إذا كان فساد الإجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية كما ذهب إليه جمهور الشراح ، وذلك لأن معنى الكلام أن الواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى إذا كان هناك مسمى معلوم ، لأن مجاوزة المحتوى إنما تتصور فيه ، فإنه إذا لم يكن هناك أجر مسمى أو كان المسمى مجهولا لا يمكن أن يجاوز المسمى بغيره أصلا للقطع بأن المجاوزة تقتضى الحد المعلوم فيلغو أن يقال هناك : لا يجاوز المسمى بأجر المثل ، فصار ملخص المعنى أن الواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل ، إلا أن يكون هناك مسمى معلوم فيحتفظ لا يجاوز به المسمى بل يجب الأقل منهما ، فلم منه حكم الإجارة الفاسدة مطلقا وهو وجوب أجر المثل بالغا ما بلغ إن لم يكن هناك مسمى معلوم ، ووجوب الأقل من أجر المثل ومن المسمى إن كان هناك مسمى معلوم . والحاصل أن الشراح جعلوا وجوب الأقل من أجر المثل ومن المسمى معنى مجموع الكلام المذكور فوقوا فيها وقعا ، وإذا جعل ذلك معنى آخر الكلام المذكور وهو قوله لا يجاوز المسمى وأبقى أوله على ظاهره وهو وجوب عين أجر المثل كما فعلناه كان حكم الإجارة الفاسدة مطلقا مستوفى بالكلية في الكتاب ، ولا يلزم شيء من المحلوات فتأمل ولكن الحاشية التفصيل (قوله ومن استأجر دارا كل شهر بدينهم فالقصد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهر) قال تاج الشريعة : فإن قلت : لو كان فاسدا لحاز النسخ في الحال : قلت : الإجارة من العقود المضافة ، وانقضاء الإجارة في أول الشهر قبيل الانقضاء كيف نسخ انتهى ، وتبعه الشراح العميق في السؤال والجواب . أقول : في الجواب نظر ، لأن انقضاء الإجارة وإن كان في أول الشهر إلا أن عقدها قد تحقق في الحال بالإيجاب والقبول فلم لا يكتفى في جواز النسخ كون النسخ بعد تحقق العقد ، وقد مر يقضى عدم اعتبار الإجارة الفاسدة ، إلا أن الفاسدة تبع للصحيحة فيثبت فيها ما يثبت في الصحيحة عادة وهو قدر أجر المثل ، وهذا يقتضى لزوم الأجر المسمى بالغا ما بلغ لكنهما إذا اتفقا على مقدار في الفاسد سقطت زيادة وهذا يقتضى لزوم الأجر المسمى بالغا ما بلغ ، لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على أجر المثل فاستقر الواجب على ما هو الأقل من أجر المثل والمسمى ، بخلاف البيع فإن العين مقوم في نفسه ، وهو أى القيمة هو الموجب الأصل ، وإنما ذكره لتذكير الخبر ، فإن صحت التسمية انتقل عنه وإلا فلا (ومن استأجر دارا كل شهر بدينهم صح في شهر واحد إلا أن يسمى بجملة الشهر) مثل أن يقول عشرة أشهر كل شهر بدينهم (لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيها لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم) لأن جملة الشهر مجهولة والبيع منها غير محصور كذلك ومحصورا ترجيح بلا مرجح (والواحد منها معلوم) متيقن

وله التسمية ظاهرة (قوله والبيع منها غير محصور كذلك) أقول : لى مجهول (قوله ومحصورا ترجيح بلا مرجح) أقول : فيه سائغة ، والمراد في اختياره ترجيح بلا مرجح . . .

فصح العقد فيه ، وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح (ولو سمي جملة شهر أو معلومة جاز) لأن المدة صارت معلومة . قال (وإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للمؤجر أن يخرجه إلى أن ينقضي ، وكذلك كل شهر سكن في أوله ساعة) لأنه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني ؛ إلا أن الذي ذكره في الكتاب هو القياس ، وقد مال إليه بعض المشايخ ، وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى من الشهر الثاني ويومها لأن في اعتبار الأول بعض المخرج . قال (وإن استأجر داراً سنة بعشرة دراهم جاز وإن لم يبين قسط كل شهر من الأجرة) لأن المدة معلومة بدون التقسيم فصار كإجارة شهر واحد فإنه جاز وإن لم يبين قسط كل يوم ، ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمي

في أول كتاب الإجارة أن الإجارة مطلقاً تنقذ ساعة فساعة على حسب حلول المنفعة ، فقالوا في توجيه تراخي الانقضاء إلى حلول المنافع ساعة فساعة مع وجود علة في الحال وهي العقد أن الانقضاء حكم الشرع والعلة الشرعية تغاير العلة العقلية في جواز انفكاكها من محلولاتها ، فلو لم يميز القسح قبل أو أن الانقضاء ولم يكف كونه بعد تحقق العقد الذي هو سبب الانقضاء لما جاز فسح الإجارة الصحيحة أيضاً بغير أو عيب قبل استيفاء المنافع بتمامها ، فإنه إذا لم يحدث جزء من المنافع لم يتحقق الانقضاء في حقه فيلزم القسح قبل الانقضاء بالنظر إليه ، مع أنه لا شك في جواز ذلك كما صرحوا به قاطبة ، وسيجيء في الكتاب (قوله وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح) قال في المحيط البرهاني : وفي الأصل إذا استأجر الرجل من آخر داراً كل شهر بعشرة دراهم فإن أبا حنيفة قال هذا جائز ولكل واحد منهما أن ينقض الإجارة في رأس الشهر ، فإن سكن يوماً أو يومين لزمه الإجارة في الشهر الثاني . واختلفت عبارة المشايخ في تخريج المسئلة . بعضهم قال : أراد بقوله جائز أن الإجارة في الشهر الأول جائزة ، فأما فيما عدا ذلك من الشهور فالإجارة فاسدة بلهالة المدة إلا أنه إذا جاء الشهر الثاني ولم يلغ كل واحد منهما الإجارة في رأس الشهر جازت الإجارة في الشهر الثاني ، لأن الشهر الثاني صار كالشهر الأول . وبعضهم قال لا ، بل الإجارة جائزة في الشهر الثاني والثالث كما جازت في الشهر الأول ، وإطلاق بمحمد رحمه الله في الكتاب يدل عليه وإنما جازت الإجارة فيما وراء الشهر الأول وإن كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير تكبر منكر ، وإنما ثبت الخيار لكل واحد منهما رأس كل شهر ، وإن كانت الإجارة جائزة فيما زاد على الشهر الأول لنوع ضرورة بيانها أن موضوع الإجارة أن لا تزال الرقبة عن ملك المؤجر ولا تجعلها ملكاً للمستأجر ، متى لم يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس الشهر زال رتبة المستأجر

(فصح العقد فيه ، وإذا تم الشهر كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح) وهل يلزم أن يكون النقص بمحض الآخر أولاً ؟ اختلف المشايخ فيه ، فهم من يقول إنه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول أبي حنيفة ومحمد ، ويصح على قول أبي يوسف ومنهم من يقول إنه لا يصح بغير محضره بلا خلاف ، ووجه ذلك مذكور في المطولات (فإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه) أيضاً . (ولم يكن للمؤجر أن يخرجه إلى أن ينقضي الشهر ، وكذا كل شهر سكن في أوله لأنه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في أوله ، إلا أن الذي ذكره في الكتاب) أي القنودري (هو القياس ، وإليه مال بعض المتأخرين ، وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى ويومها من الشهر الثاني ، لأن في اعتبار الأول بعض المخرج) واختلوا في كيفية القسح في رأس الشهر الثاني بناء على أن رأسه عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال ، فكما أهل مضي رأس الشهر والقسح بعد ذلك فسح بعد مضي مدة الخيار . وقيل ذلك فسح قبل مجيء وقته وكلاهما لا يجوز . وذكروا لذلك طرقاً ثلاثة : منها أن يقول الذي يريد به القسح في خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فيفسخ العقد إذا أهل الهلال فيكون هذا فسحاً مضافاً إلى رأس الشهر ، وعقد الإجارة يصبح مضافاً فكذا فسخته (فإن استأجر داراً سنة بعشرة دراهم صح وإن لم يبين قسط كل شهر من الأجرة لأن المدة معلومة بدون التقسيم فصار كإجارة شهر واحد ويعتبر ابتداء المدة مما سمي)

عن ملك المؤجر معنى لأنه لا يملك سكناها ولا يبيعها ولا هبتها أبد الدهر لأنه لا نهاية لحملة الشهور وهذا لا يجوز فلهذه الضرورة كان لكل واحد منهما إختيار بين الفسخ والمضي في رأس كل شهر ، وإن كانت الإجارة جارة في الشهر وفيما زاد على الشهر . وقال : إلا أن المشايخ بعد هذا اختلفوا في كيفية إمكان الفسخ لكل منهما رأس كل شهر ، وإنما اختلفوا لأن رأس الشهر في الحقيقة عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما أهل للملال مضي رأس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك المضي وقت الخيار ، وقبل ذلك لا يمكنه الفسخ لأنه لم يحنى وقته . والصحيح في هذا أحد الطرق الثلاثة : إما أن يقول الذي يريد الفسخ قبل المدة فسخت الإجارة فيتوقف هذا الفسخ إلى انقضاء الشهر ، وإذا انقضى الشهر وأهل الملال عمل الفسخ حيث عمل ونفذ لأنه لم يجد نفاذا في وقته ، والفسخ إذا لم يجد نفاذا في وقته يتوقف إلى وقت نفاذه ، وبه كان يقول أبو نصر محمد بن سلام البلخي ، ونظير هذا ما قاله محمد رحمه الله في البيوع : اشترى عبدا على أنه بالخيار فمضى العبد وفسخ المشتري العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا الفسخ ، بل يتوقف إلى أن تزول الحسى في مدة الخيار . وقال في المضاربة : رب المال إذا فسخ المضاربة وقد صار مال المضاربة عروضا لم ينفذ الفسخ للحال بل يتوقف إلى أن يصير مال المضاربة دراهم أو دنائير فينفذ الفسخ حيثل ، كذا هاهنا ، أو يقول : الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فيفسخ العقد إذا أهل الملال ، ويكون هذا فسحا مضافا إلى رأس الشهر وعقد الإجارة يصح مضافا ، فكذا فسحه يصح مضافا أو يفسخ الذي يزيد الفسخ في الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها ، وهذا المقاتل يقول : لم يرد محمد بقوله لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال ، وإنما أراد به رأس الشهر من حيث العرف والعامة وهي الليلة التي يهل فيها الهلال أو يومها وهكذا قال محمد رحمه الله في كتاب الأيمان : إذا حلف الرجل ليقضين حق فلان رأس الشهر فقضاء في الليلة التي يهل فيها الهلال أو في يومها لم يحنث استحصانا ، إلى هنا لفظ الغيط وهكذا ذكر في الذخيرة أيضا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة بنوع إجمال منه . أقول : لمقاتل أن يقول : الطريق الأول والثاني من الطرق الثلاثة المذكورة مما لا ساعده عبارة الأئمة في وضع هذه المسئلة ، فإن همدا رحمه الله قال في الأصل : ولكل واحد منهما أن ينقض الإجارة في رأس الشهر . والإمام غاضيهان قال في فتاواه : رجل أجر داره أو حانوته كل شهر بدينهم كان لكل واحد منهما أن يفسخ الإجارة عند تمام الشهر ، والمصنف قال هاهنا ، وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة ولا يحنى أن مقتضى هذه العبارات أن يكون ثبوت خيار الفسخ لكل واحد منهما عند تمام الشهر الأول ودخول رأس الشهر الثاني لا قبل ذلك ، ودلالة ذلك الطريقين على أن يثبت لهما خيار الفسخ في خلال الشهر الأول قبل تمامه . وأقول : يمكن أن يقال نفاذ الفسخ وتأثيره في ذلك الطريقين أيضا عند أن ينقضى الشهر الأول وأهل هلال الشهر الثاني وإن كان التكلم بالفسخ فيهما في خلال الشهر الأول فيجوز أن تكون تلك العبارات في وضع هذه المسئلة بناء على أن ظهور أثر ثبوت الخيار لكل واحد منهما عند تمام الشهر الأول ودخول رأس الشهر الثاني . هذا غاية ما يمكن في توجيه الطريقين المزبورين وإن كان ينبوعه ظاهر اللفظ . ثم إن الإمام الزيلعي رد على من قال من المشايخ في تخريج هذه المسئلة إن العقد جائز في الشهر الثاني والثالث أيضا لتعامل الناس من غير تكثير منكر ، إلا أن لكل واحد منهما خيار الفسخ رأس كل شهر لنوع ضرورة حيث قال في شرح الكنز : ولا معنى لقول من قال من المشايخ إن العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث أيضا لتعامل الناس ، لأن التعامل إذا كان خافيا للدليل لا يعتبر انتهى . أقول : بل لا معنى لما قاله الزيلعي لأن التعامل إذا وقع من غير تكثير منكر فقد حل محل الإجماع ، وفيما نحن فيه وقع كذلك على ما صرح به من قال من المشايخ يجوز العقد في كل الشهور ، والإجماع دليل قطعي والدليل الذي خالفه التعامل هاهنا إنما هو كون جهالة المدة مفسدة للعقد وهو موجب القياس ، والقياس دليل ظني لا يصلح لمعارضة الدليل القطعي أصلا ، فضلا عن أن لا يعتبر القطعي في مقابلته ، على أنه قد تقرر عندهم أن الجهالة المفسدة للعقد إنما هي الجهالة المفضية إلى النزاع دون مطلق الجهالة كاسم في البيوع ، وجهالة المدة فيما

وإن لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استأجره لأن الأوقات كلها في حق الإجارة على سواء فأشبهه النبي ، بخلاف الصوم لأن الليالي ليست بمحل له (ثم إن كان العقد حين يهلّ الهلال فشهور السنة كلها بالأهلة) لأنها هي الأصل (وإن كان في أثناء الشهر فالكل بالأيام) عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف . وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف الأول بالأيام والباقي بالأهلة ، لأن الأيام يصار إليها ضرورة والضرورة في الأول منها . وله أنه متى تم الأول بالأيام ابتداء الثاني بالأيام ضرورة وهكذا إلى آخر السنة ، ونظيره العدة وقد مر في الطلاق : قال (ويؤخذ أجره الحمام والحجام) أما الحمام فلما صار الناس ولم تعتبر الجمالة لإجماع المسلمين . قال عليه الصلاة والسلام : « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » وأما الحجام فلما روى أنه صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجام الأجرة « ولأنه استنجز على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزا .

نحن فيه ليست بمفضية إلى الزرع ، إذ لكل واحد منهما نقض العقد في رأس كل شهر فكيف يقع النزاع (قوله لأن الأوقات كلها في حق الإجارة على سواء) قال صاحب الفتناء في تعليقه لذكر الشهور منكر أو تبعه الشارح المني . أقول : ليس ذلك بسديد . أما أولا فلأن المذكور في المسئلة هو السنة دون الشهور . وأما ثانيا فلأن المذكور في مسئلة التبر بالصوم أيضا منكر ومع أن الجواب غلط . والصواب في تعليل ذلك أن يقال : لأن كل الأوقات محل للإجارة ، إذ لا منافاة بين الإجارة وبين وقت من أصلا ، فإن هذا التعليل هو الفارق بين المستلطين وهو الموافق لقول المصنف بخلاف الصوم لأن الليالي ليس بمحل له تبصر (قوله ثم إن كان العقد حين يهلّ الهلال) قال صاحب النهاية بضم الياء وفتح الماء على صيغة بناء المفعول : أي يصير الهلال وقال : أراد به اليوم الأول ، ورد عليه صاحب الغاية حيث قال : فسر بعضهم في شرحه قوله حين يهلّ بقوله أراد به اليوم الأول ، وفيه نظر لأنه ليس حين يهلّ الهلال بل هو أول الليلة الأولى من الشهر ، انتهى كلامه . أقول : نظره ساقط ، لأن

بأن يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا (وإن لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استأجره لأن الأوقات كلها في حق الإجارة سواء) لذكر الشهر منكر وفي مثله تعيين الزمان الذي يقتضيه السبب (كما في الإيمان) كما إذا حلف لا يكمل فلانا شهرا بدلالة الحال ، لأن الظاهر من حال الماقل أن يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعيينه يعلم الزمان (بخلاف ما إذا قال الله على أن أصوم شهرا) حيث لا يتعين الشهر الذي يقتضيه نذر ما لم يسمه ، لأن الأوقات كلها ليست فيه على سواء (لأن الليالي ليست بمحل له) توضيحه أن الشروع في الصوم لا يكون إلا بمرجة منه وربما لا يقترن ذلك بالسبب (ثم إن كان العقد حين يهلّ الهلال) على بناء المفعول أي يصير (فشهور السنة كلها بالأهلة لأنها الأصل) في الشهور العربية ، فهما كان العمل به ممكنا لا يصار إلى غيره (وإن كان في أثناء الشهر فالكل بالأيام عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف) ثلاثمائة وستين يوما (وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف أن الأول بالأيام والباقي بالأهلة) فيكون أحد عشر شهرا بالهلال وشهر بالأيام يكمل ما بقي من الشهر الأول من الشهر الأخير (لأن الأيام يصار إليها ضرورة والضرورة في الأول منها) فلا يمتد إلى غيره (ولا في حنيفة أن تمام الأول واجب ضرورة تسميته شهرا ، وتمامه إنما يكون ببعض الثاني ، فإذا تم الأول بالأيام ابتداء الثاني بالأيام ضرورة وهكذا إلى آخر السنة . ونظيره العدة وقد مر في الطلاق) قال صاحب النهاية : هذه حوالة غير راجحة ، فإن مثل هذا الاختلاف على أن الأشهر كلها عند أبي حنيفة رحمه الله بالأيام وعندهما الباقي بعد الأول والأخير بالأشهر لم يمر في الطلاق وما يتعلق به وهو سهو منه ، لأن المصنف قال في كتاب الطلاق : ثم إن كان الطلاق بالأهلة في أول الشهر تعتبر الشهور بالأهلة ، وإن كان في وسطه فيالأيام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة ، وعندهما يكمل الأول بالأخير والمختص بالاهلة وهي مسئلة الإجازات . قال (ويؤخذ أجره الحجام والحجام الخ) استنجز الحجام والحجام وأخذ أجرهما جائزا ، أما الحمام فلجريان العرف بذلك (قوله لإكرام الشهر منكر) أقول : فيه بحث ، فإن النذر أيضا كذلك .

قال (ولا يجوز أخذ أجره عسب التيس) وهو أن يؤجر فحلا لينزوي على الإناث لقوله عليه الصلاة والسلام «إن من السحت عسب التيس» والمراد أخذ الأجرة عليه . يقال (ولا الاستنجار على الأذان والحج ، وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه) والأصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستنجار عليه عندنا . وعند الشافعي رحمه الله يصح في كل ما لا يتعين على الأجير لأنه استنجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام

صاحب التباية قد فسر قوله يهل الحلال بقوله : أي يصير الحلال ، فعلى هذا التفسير كان معنى قوله حين يهل الحلال حين يصير الحلال وهو أول الليلة من الشهر قطعا ، وليس مراده بقوله أراد به اليوم الأول تفسير معنى قوله حين يهل الحلال ، إذ قد علم معناه من تفسيره السابق قطعا ، بل مراده بذلك بيان أن ليس المراد بقولهم حين يهل الحلال في هذه المسئلة معناه الحقيقي وهو أول الليلة من الشهر لتصر كون العقد فيه ، بل المراد به معناه العرفي وهو اليوم الأول من الشهر ، وهذا نظير ما قالوا في المسئلة الأولى لم يرد محمد رحمه الله برأس الشهر في قوله لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الحلال بل رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهو الليلة التي يهل فيها الحلال ويومها فلا يرد عليه

والقياس عدم الجواز للجهالة ولكنه ترك لإجماع المسلمين . قال صلى الله عليه وسلم «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن» وأما الحجام فلما روى «أن النبي عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى الحجام الأجرة» ولأنه استنجار على عمل معلوم بأجر معلوم بلا مانع معلوم فيقع جائزا ، وإنما ذكرها في الإجارة الفاسدة مع كونه جائزا لأن بعض الناس فيه خلافا ، فإن بعض العلماء كره غلة الحجام أخذها بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم «الحمام شر بيت» ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فكره اتخاذ الحمام للنساء لأنهن نهي عن البروز وأمرن بالقرار . وروى عن أحمد بن حنبل أنه لم يبيع أجرة الحجام ، وكره كسبه عثمان وأبو هريرة رضي الله عنهما والحسن والنخعي رحمهما الله . وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «إن من السحت عسب التيس ومهر البغي» وكسب الحجام والصحيح عند عامة العلماء أنه لا بأس باتخاذ الحجام للرجال والنساء جميعا للحاجة ، والحاجة في حق النساء أظهر لأن المرأة تحتاج إلى الاغتسال عن الجنابة والحض والغسل ، ولا تتمكن من ذلك في الأنهار والحياض تمكن الرجال ، وقد صحح أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل حمام الحنفية . وتأويل ما روى من الكراهة هو أن يدخل مكشوف العورة ، فأما بعد التستر فلا بأس بالدخول ، ولا كراهة في غلته كما لا كراهة في غلة اللوز والحوانث . والنهي في كسب الحجام قد انتسخ بما ذكر في آخر حديث أبي هريرة رضي الله عنه «فأناه رجل من الأنصار فقال : إن لي ناضحا وحجاما أفاضل ناضحي من كسبه ؟ قال نعم ، وأناه آخر فقال : إن لي حياالا وحجاما أفاضل حياالي من كسبه ؟ قال نعم» فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة (ولا يجوز أخذ أجره عسب الفحل) أي ضرابه (وهو أن يؤجر فحلا لينزوي على الإناث) وخروج بعض الشافعية والحنابلة لجوازه وجها ، وهو أنه انتفاع مباح ولهذا جاز بطريق الاستعارة والحاجة لدفع إليه فكان جائزا كاستنجار النظر للإرضاع . قلنا هو مخالف (لقوله صلى الله عليه وسلم «إن من السحت عسب التيس») رواه البخاري ومراده أخذ الأجرة عليه ، ولا يجوز الاستنجار على الأذان والحج) وكلامه فيه ظاهر (قوله على عمل معلوم غير متعين عليه) إشارة إلى الاحتراز عما لو تمين الشخص للإمامة والإفتاء والتعليم فإنه لا يجوز استنجاره بالإجماع

(قال المصنف : وهو أن يؤجر فحلا) أقول : كان المصنف يريد أن في الكلام مجازا حيث أطلق التيس وأريد مطلق الفعل كإطلاق المرمن وإرادة مطلق الأنث (قوله ولا يجوز أخذ أجره عسب الفحل : أي ضرابه ، وهو أن يؤجر فحلا لينزوي على الإناث) أقول : قوله ونحو أن يؤجر فحلا البغ يدل على أن السب بمعنى الإكراه على ما ذكره أرباب اللغة ، فلا وجه لتفسير الشارح بقوله : أي ضرابه ، ويجوز أن يقال : ظاهر إضافة الأجرة إلى السب يقتضي أن يكون السب بمعنى الضرب ، فقول المصنف وهو أن يؤجر يكونون قبيل الاستخدام (قال المصنف : ومراده أخذ الأجرة عليه) أقول : أي المراد من عسب التيس : يعني أن المضاف مقدر . وفي الصحيح : السب الكراهة التي يؤخذ على ضرب الفحل . «نهى من عسب الفحل» تقول : بسب فعله بسبه : أي أكراهه . وعسب الفعل أيضا : ضرابه ، ويقال ماؤه

« اقرءوا القرآن ولا تأكلوا به » وفي آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عثمان بن أبي العاص
 « وإن اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الأذان أجرا » ولأن القرية متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر أهليته
 فلا يجوز له أخذ الأجر من غيره كما في الصوم والصلاة ، ولأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل
 المتعلم فيكون ملزما مالا يقدر على تسليمه فلا يصح . وبعض مشايخنا استحسنوا الاستئجار على تعلم القرآن اليوم لأنه
 ظهر التواني في الأمور الدينية ، في الامتناع تضيق حفظ القرآن عليه الفتوى . قال (ولا يجوز الاستئجار على الغناء
 والنوح ، وكذا سائر الملاهي) لأنه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد . قال (ولا يجوز إجارة المشاع
 عند أبي حنيفة إلا من الشريك ، وقالوا : إجارة المشاع جائزة) وصورته أن يواجر نصيبا من داره أو نصيبه من

النظر المزبور أصلا (قوله ولأن القرية متى حصلت وقعت عن العامل الخ) أقول : ينقض هذا بما ذكره المصنف في باب
 الحج عن الغير من كتاب الحج حيث قال : ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه ، وبذلك تشهد الأخبار الواردة
 في الباب كحديث الخثعمي فإنه عليه الصلاة والسلام قال فيه « حجى عن أهلك واعتبرى » فإن ذلك صريح في وقوع القرية
 عن غير العامل . قال صاحب الكافي في تقرير هذا الدليل : ولأن القرية متى وقعت يقع ثوابها للقائل لا لغيره اه . أقول :
 يخالف هذا ما صرح به المصنف وصاحب الكافي أيضا في أول باب الحج عن الغير من أن الأصل أن الإنسان له أن يعمل ثواب
 عمله لغيره صلاة كانت أو صوما أو صدقة أو غيرها عند أهل السنة والجماعة ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه
 ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته بمن أقر بوحداية الله تعالى وشهد له بالبلاغ » فجعل ثواب تضحية
 إحدى الشاتين لأمته اه فليتأمل (قوله لأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملزما مالا يقدر على تسليمه
 فلا يصح) أقول : فيه بحث ، لأنه إن أريد أن المعلم لا يستقل في التعليم بشيء أصلا فهو ممنوع ، فإن التلقين والإقناع فعل المعلم
 وحده لا يدخل فيه المتعلم ، وإنما وظيفة الأخذ والفهم ، وإن أريد أن المتعلم أيضا مدخلا في ظهور أثر التعليم وفائدته فإن
 المتعلم مالم يأخذ المعلم ولم يفهم ما لقته لم يظهر لتعليمه أثر وفائدة فهو مسلم ، ولكن الذي يلزمه المعلم إنما هو فعل نفسه
 بما يقدر عليه لا فعل الآخر ، ولا مانع من أخذ الأجرة على فعل نفسه كما لا يخفى . فإن قلت : التعليم والتعليم متحدان بالبدات
 وغتلفان بالاعتبار على ما ذكر في بعض الكتب ، فيقول أخذ الأجرة على التعليم إلى أخذه على التعلم الذي هو فعل الغير . قلت :
 اتحاد التعليم والتعلم بالذات أمر غير واضح بل غير مسلم ، ولو سلم كنى التغيرير الاعتيادي لنا إذ لاشك في اختلاف التعليم والتعليم
 في كثير من الأحكام فليكن في أخذ الأجرة عليه كذلك فتأمل (قوله وبعض مشايخنا : استحسنوا الاستئجار على تعلم القرآن
 اليوم لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية ، في الامتناع تضيق حفظ القرآن وعليه الفتوى) أقول : فيما ذهب إليه هؤلاء المشايخ
 إشكال ، وهو أن مقتضى الدليل الثاني والدليل الثالث المساوين أننا أن لا يمكن تحقق ماهية الإجارة وهي تملك المنافع بعوض

(وبعض مشايخنا) يريد به مشايخ بلخ ورحمهم الله (استحسنوا الاستئجار على تعلم القرآن اليوم) يعني في زماننا ، وجوزوا له
 ضرب المدة وأقروا بوجوب المسمى ، وعند عدم الاستئجار أو عند عدم ضرب المدة أقروا بوجوب أجر المثل (لأنه ظهر
 التواني في الأمور الدينية ، في الامتناع تضيق حفظ القرآن) وقالوا : إنما كره المتقدمون ذلك لأنه كان للمعلمين عطيات من
 بيت المال فكانوا مستفيين عما لا بد لهم من أمعاشهم ، وقد كان في الناس رغبة في التعليم بطريق الحسبة ولم يبق ذلك .
 وقال أبو عبد الله الخياط : يجوز في زماننا للإمام والمؤذن والمعلم أخذ الأجرة ، ذكره في الخيرية (ولا يجوز الاستئجار
 على سائر الملاهي لأنه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد) فإنه لو استعقت به لكان وجوب ما يستحق المرء به
 عقابا مضاعفا إلى التشرع وهو باطل . قال (ولا يجوز إجارة المشاع عند أبي حنيفة إلا من الشريك) ولا يجوز أن يواجر الرجل

(قوله لكان وجوب ما يستحق المرء به عقابا) أقول : قوله عقابا مقول يستحق .

دار مشتركة من غير الشريك . ولهما أن للمشاع منفعة ولهذا يجب أجر المثل ، والتسليم ممكن بالتخلى أو بالتأجير . فصار كما إذا أجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع . ولأبي حنيفة أنه أجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز ، وهذا لأن تسليم للمشاع وحده لا يتصور ، والتخلى اعتبرت تسلياً لوقوعه تمكيناً وهو الفعل الذى يحصل به التمكن ولا تمكّن في المشاع ، بخلاف البيع لحصول التمكن فيه ، وأما التأجير فلأنما يستحقّ حكماً للعقد بواسطة الملك ، وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ، ولا يعتبر التراخي سابقاً ،

في الاستتجار على تعلم القرآن ونظارته بناء على عدم القدرة على تسليم ما ألزمه المؤجر من المنفعة ، فكيف يصح استحسان الاستتجار في هاتيك الصور ، وصحة استحسانه فرع إمكان تحقق ماهية الإجارة كما لا يخفى فليتأمل في دفع هذا الإشكال القوي لعله مما تسكب فيه العبرات إلا أن لا يسلم صحة ذلك الدليلين (قوله وأما التأجير فلأنما يستحقّ حكماً للعقد بواسطة الملك ، إلى قوله لا يعتبر التراخي سابقاً) هذا جواب عن قولهما أو بالتأجير . وحاصله أن التأجير من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو متوقف لانقضاء شرطه وهو القدرة على التسليم ، ولا يمكن إثباته بالتأجير لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً ؛ كذا في العناية . واعتراض بعض الفضلاء على ما في الهداية وعلى ما في العناية ، أما على ما في الهداية فإن قال فيه بحث فلأنهما لم يقلوا إن التأجير هو القدرة على التسليم ، بل يقولان يتحقق التسليم به ، فكأن أن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكل ذلك يقال في التأجير ، وأما على ما في العناية فإن قال يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً وما نحن بصدده منه اهـ . أقول : كل واحد منهما ساقط . أما الأول فلأنه كلام خال عن التحصيل لأن ما ذكره هاهنا من قبل أبي حنيفة ليس بمعنى أن يكون مدار ما قاله صاحبه على أن التأجير هو القدرة حتى يصح الاعتراض عليه بأنهما لم يقلوا إن التأجير هو القدرة ، بل قالوا يتحقق التسليم به ، بل ذاك معنى على أن قولهما أو بالتأجير في قولهما والتسليم ممكن بالتخلى

نصباً من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك عند أبي حنيفة سواء كان التصيب معلوماً كالربع ونحوه أو مجهولاً (وقالوا : يجوز لأن المشاع له منفعة ولهذا يجب أجر المثل) وما له منفعة يرد عليه عقد الإجارة لأنه عقد على المنافع فكان المقضى موجوداً (والمانع) وهو عدم القدرة على التسليم متوقف لأنه ممكن بالتخلى أو بالتأجير ، فصار كما إذا أجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع . ولأبي حنيفة أنه أجر ما لا يقدر على تسليمه ويمكن توجيهه على وجهين : أحدهما أن يكون معارضة ، وتقريره أجر ما لا يقدر على تسليمه (لأن تسليم المشاع وحده) سواء كان محتملاً للتسمة كالدار أو لا كالعبد (غير متصور) وما لا يتصور تسليمه لا يصح إجارته لعدم الانتفاع به ، والإجارة عقد على المنفعة فيكون دليلاً مبتدأ من غير تعرض للدليل الخصم . والثاني أن يكون عمانية وتقريره لا تسلم انتفاء المانع فإنه أجر ما لا يقدر على التسليم وعدم التسليم يمنع صحة الإجارة . وقوله (والتخلى) جواب عما قالوا والتسليم ممكن بالتخلى . وجهه أن التخلى لم تعتبر تسلياً للذات حيث اعتبرت ، بل لكونها تمكيناً (وهو) أى التمكن هو (الفعل الذى يحصل به التمكن) فكأنها اعتبرت علة وهو وسيلة إلى التمكن (والتمكن في المشاع غير حاصل) ففات المعلول ، وإذا فات المعلول لا يعتبر بالعلة (بخلاف البيع) فإن المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا جاز بيع الجحش فكان التمكن بالتخلى فيه حاصل . وقوله (وأما التأجير) جواب عن قولهما أو بالتأجير . وحاصله أن التأجير من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو متوقف لانقضاء شرطه وهو القدرة على التسليم ، ولا يمكن

(قوله أحدهما أن يكون معارضة) أقول : وهو الظاهر من تقرير الكلام (قوله وتقريره أجر ما لا يقدر على تسليمه) أقول : يعنى على تسليمه وحده (قوله وما لا يتصور تسليمه) أقول : يعنى وحده (قوله لعدم الانتفاع به) أقول : أى لعدم الانتفاع به على الوجه الذى يقتضيه العقد فلا يرد فيه (قوله وتقريره لا تسلم انتفاء المانع) أقول : فضل هذا يكون قوله وهذا لأن تسليم المشاع الخ من قبيل المبالغة في السند (قال المسند : وأما التأجير فلأنما يستحقّ حكماً للعقد وبواسطة الملك وحكم العقد يعقبه) أقول : فيه بحث ، فإنها لم يقلوا إن التأجير هو القدرة على التسليم ، بل يقولان يتحقق التسليم به ، فكأن أن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكل ذلك يقال في التأجير .

ويعتبر ما إذا أجز من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوخ ، والاختلاف في النسبة لا يضره ، على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه ، ويعتبر الشيوخ الطارئ لأن القدرة على التسليم ليست بشرط البقاء ، ويعتبر ما إذا أجز من رجلين لأن التسليم يقع جملة ثم الشيوخ بفرق الملك فيما بينهما طارئ ..

أو بالهايو يقتضى جواز كون ثبوت القدرة على التسليم بثبوت الهايو فيرد عليه من قبله أن يقال ثبوت الهايو بل ثبوت القدرة على الهايو متأخر عن تحقق العقد لأنه إنما يستحق حكماً للعقد بواسطة الملك ، والقدرة على التسليم مقدمة على العقد لكونها شرط جوازه فكيف يمكن أن يكون ثبوت المقدم بثبوت المتأخر ، وهذا معنى قول المصنف ولا يعتبر المراسي سابقاً ولا غيار عليه أصلاً . وأما الثاني فلا أنه لا شك في جواز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً كما في الاستدلال من الأثر على المؤثر ، ولكن ما نحن بصده ليس منه لاعتاله ، إذ لا يشك عاقل في أن ليس معنى قوله والتسليم يمكن بالتخليه أو بالهايو أن ثبوت العلم بإمكان التسليم بالتخليه أو بالهايو ، بل معناه أن ثبوت نفس إمكان التسليم : أى القدرة عليه بالتخليه أو بالهايو وما نحن بصده جواب عن قوله ذلك ، فكان المراد به أيضاً ما أريد به هناك (قوله ويعتبر الشيوخ الطارئ لأن القدرة على التسليم ليست بشرط البقاء) قال صاحب العناية : ليس لقوله هذا تعلق ظاهر إلا أن يجعل تمهيداً للجواب عن قولهما أو من رجلين ، لكن في قوله ويعتبر ما إذا أجز من رجلين نبوة عن ذلك تعرف بالتأمل اه كلامه . أقول : لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن مقصود المصنف من قوله هذا دفع إشكال يرد على دليل أبي حنيفة ، وهو أن الشيوخ الطارئ لا يفسد الإجارة بالإجماع مع انتفاء القدرة على التسليم هناك أيضاً ، ولا شك أن لهذا تعلقاً ظاهراً بما نحن فيه من غير احتياج إلى أن يجعل تمهيداً لما بعده (قوله ويعتبر ما إذا أجز من رجلين لأن التسليم يقع جملة ثم الشيوخ بفرق الملك فيما بينهما طارئ) قال تاج الشريعة : فإن قلت : الشيوخ

إثباته بالهايو لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً . وقوله (ويعتبر ما إذا أجز من شريك) جواب عن قولهما فصار كما إذا أجز من شريك ، ووجهه أنه إذا أجز من شريكه (فالكل يحدث على ملكه فلا شيوخ) وفيه نظر ، لأنه لو لم يكن فيه شيوخ بل جاز الحبة والوهن من الشريك لكنه لم يميز . وأجيب بأن المراد لا شيوخ يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه فالتنقيح موصوف ، ويجوز أن يكون الشيوخ مانعاً لحكم باعتياز دون آخر فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض فإن القبض التام لا يحصل في الشائع ، كما تقدم أن الشريك والأجنبي فيه سواء ، ومنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه وهو الحيس الدائم لأنه في الشائع غير متصور ، والشريك والأجنبي فيه سواء . وأما هاهنا فلا نعلم للمعقود عليه وهو المنفعة ، وإنما يعتبر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك . وقوله (والاختلاف في النسبة لا يضره) جواب عما يقال : سلمنا أن الكل يحدث على ملكه ، لكن على اختلاف مع النسبة لأن الشريك ينفع بتسليمه بنسبة الملك وينصيب شريكه بالاستتجار فيكون الشيوخ موجوداً . ووجه ذلك أن الاختلاف في السبب غير معتبر إذا انعقد المقصود ، على أننا نمنع جوازه على رواية الحسن عنه فكان كالأثر على هذه الرواية . وقوله (ويعتبر الشيوخ الطارئ) بأن أجز رجل من رجلين ثم مات أحداهما فإنه تبقى الإجارة في نصيب الحي شامعاً في ظاهر الرواية (لأن القدرة على التسليم ليست بشرط البقاء) لأن القدرة لوجوب التسليم ، ووجهه في الابتداء دون البقاء ليس له تعلق ظاهر إلا أن يجعل تمهيداً للجواب عن قولهما أو من رجلين ، لكنه في قوله ويعتبر ما إذا أجز نبوة عن ذلك تعرف بالتأمل . وقوله (ويعتبر ما إذا أجز من رجلين) جواب عن ذلك ، ووجهه ما قال (إن التسليم يقع جملة ثم الشيوخ بفرق الملك فيما بينهما طارئ) فإن قيل : لا تسلم أنه طارئ بل هو مقارن لأنها تنعقد ساعة فصاعداً . أجيب

(قوله لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً) أقول : يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً ، وما نحن بصده منه (قوله وأجيب بأن المراد لا شيوخ يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه الخ) أقول : فيه تأمل (قوله لأنه في الشائع غير متصور الخ) . أقول : فيه بحث (قوله ليس له تعلق ظاهراً) أقول : خبر لقوله وقوله ويعتبر الشيوخ الخ (قوله إلا أن يجعل تمهيداً للجواب عن قولهما أو من رجلين الخ) أقول : الظاهر أنه جواب لما عسى يستدل به الإمامان على منعها بجواز الإجارة في صورة الشيوخ الطارئ

قال (ويموز استتجار الظئر بأجرة معلومة)

مقارن لا طارئ فإنها عقد مضاف يقعد ساعة فساعة فكان الطارئ كالمقارن . قلت : بقاء الإجارة له حكم الابتداء من وجهه دون وجه لأنها عقد لازم فلا يكون مقارنا اه كلامه . ورد عليه صاحب العناية جوابه حيث قال : فإن قيل : لانسلم أنه طارئ بل هو مقارن لأنها تنقعد ساعة فساعة . أجيب بأن بقاء الإجارة له حكم الابتداء من وجه لأنها عقد لازم فلا يكون مقارنا . وقال : وهو فاسد لأن العقد الغير اللازم هو الذي يكون لبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة ، على أنه لو ثبت هنا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض ، وإنما الخصم يقول لبقاء العقد فيها اه . أقول : كل من أصل رده وعلاوته فاسد . أما الأول فلأن قول المhib لأنها عقد لازم ناظر إلى قوله دون وجه ، أو إلى مجموع قوله من وجه دون وجه من حيث هو مجموع ، لا إلى قوله من وجه وحده كما توهمه صاحب العناية وبني عليه رده كما ترى ، فعني الجواب أن لبقاء الإجارة حكم الابتداء من وجه دون وجه لأنها عقد لازم ، فإن العقد الغير اللازم يكون لبقائه حكم الابتداء من كل الوجوه ، فإذا لم يكن لبقاء الإجارة حكم الابتداء من وجه لم يكن الشروع مقارنا للعقد من هذا الوجه فلم يكن الطارئ كالمقارن . والحاصل أن مدار الجواب الزبور على الفرق بين الشيوع الطارئ والمقارن من الوجه الثاني دون الأول ، وصاحب العناية توهم العكس حتى طوى في تقرير الجواب قول المhib دون وجه ، ولم يدر أن الجواب حيث لا يكون دافعا للسؤال أصلا بل يكون مقويا له كما يظهر بالتأمل الصادق . وأما الثاني فلأن ثبوت البقاء لعقد الإجارة مما لم ينزع فيه أحد ، فإن الأصل عندنا أن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في إضافة العقد إليها ، وأن العقد هو الإيجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر باقى شرعا ببقاء العين المستأجرة على السلامة ، وإنما الذي يتجدد ساعة فساعة هو الانقضاء في حق المقعود عليه وهو المنفعة الحادثة شيئا فشيئا ، وهذا مع كونه معلوما مما تقرر في صدر كتاب الإجارة منكشف بما ذكره هنا في الكافي وكثير من الشروح ، وهو أن الشيوع الطارئ بأن أجر رجل من رجلين ثم مات أحد المستأجرين أو بأن أجر رجلان من رجل ثم مات أحد المؤجرين يفسد العقد في حق الحي في رواية الطحاوى عن خالد بن صبيح عن أبي حنيفة ، لأن الإجارة بتجدد انعقادها بحسب حدوث المنافع ، فكان هذا في معنى الشيوع المقترن بالعقد . وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الحي لأن تجدد الانقضاء في حق المقعود عليه . فأما أصل العقد فتعقد لازم في الحال ، وباعتبار هذا المعنى الشيوع طارئ والشيوع الطارئ ليس نظير المقارن ، كما في الهبة إذا وهب كل الدار وسلمها ثم رجع في نصفها ، انتهى ما في الكافي وكثير من الشروح ، وهكذا ذكر في المبسوط والأمصار أيضا فتنبه (قوله ويموز استتجار الظئر بأجرة معلومة) قال في النهاية : اعلم أن القياس يأبى جواز إجارة الظئر لأنها ترد على إسلاك

بأن بقاء الإجارة له حكم الابتداء من وجه لأنها عقد لازم فلا يكون مقارنا ، وهو فاسد لأن العقد الغير اللازم هو الذي يكون لبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة ، على أنه لو ثبت هنا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض ، وإنما الخصم يقول : لبقاء للعقد فيها . والصواب أن يقال : الطريان إنما هو على التسليم لأجل للعقد وذلك بما لا يشك فيه . قال (ويموز استتجار الظئر بأجرة معلومة الخ) استتجار الظئر بأجرة معلومة جائز لقوله تعالى - فإن أَرْضُنَّكُمْ لَكُمْ فَمَا تَوْفَنَ أَبْوَارَهُمْ - يعني بعد الطلاق .

بأن يموت أحد المؤجرين يفسد ما أجرا دارا لهما من رجل مثلا وإن لم يكن مذكورا فيفسد دليلهما في هذا الكتاب إلا أن له نظائر كثيرة (قوله وهو فاسد لأن العقد الغير اللازم هو الذي يكون لبقاء فيه حكم الابتداء) أقول : لعل مراد المhib أن بقاء الإجارة له حكم الابتداء في جبل المقعود عليه الغير المستأجر ، وقوله لأنها عقد لازم يريد أن إقامة العين المستأجرة مقام المنفعة كان لبقاء العقد لازما فيكون ذلك العقد باقيا حكما كما في سائر المقعود ، وقوله من وجه يوجب إلما ذكرنا أيضا فتنبه فلا رد ما أورده الشارح (قوله كما تقدم في الوكالة) أقول : في باب عزل الوكيل (قوله وإنما الخصم يقول لبقاء العقد فيها) أقول : لاسمير لكلام الخصم بعد قيام الدليل على خلافه (قوله والصواب أن يقال الطريان إنما هو على التسليم لأجل العقد) أقول : يوضحه أنه إذا عقد الإجارة مع الرجلين فمات أحدهما يفسد العقد قبل التسليم نفس الإجارة في حق الحي وإن كان ذلك حال بقاء العقد (قوله يعني بعد الطلاق) أقول : يعني بعد الطلاق البائن ، إذا لم يموز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء المدة .

لقوله تعالى « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ولأن التعامل به كان جارياً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وأقرهم عليه . ثم قيل : إن العقد يقع على المنافع وهي خلعها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق البيع بمنزلة الصبيغ في الثوب . وقيل إن العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ، ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لاستحق الأجر .

العين مقصودا وهو اللبن فكان بمنزلة ما لو استأجر شاة أو بقرة مدة معلومة بأجر معلوم ليشرّب لبنها ، لكن يجوز نأها استحسانا لقوله تعالى - فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن - وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللبن مقصودا ، وإنما يقع على فعل التريبة والحضانة وخدمة الصبي ، واللبن يدخل فيها تبعاً لهذه الأشياء ومثل هذا جائز ، كما لو استأجر صباغاً ليصبغ له الثوب فلزها جائز . وطريق الجواز أن يجعل العقد وارداً على فعل الصباغ والصبيغ يدخل فيه تبعاً ، فلم تكن الإجارة واردة على استهلاك العين مقصودا ، وبهذا خرج الجواب عن فصل البقرة والشاة لأن هناك عقد الإجارة يرد على استهلاك العين مقصودا ، كذا في البخيرة إلى هنا لفظ النهاية . أقول : هذا تحرير ركيك بل غثيل ، لأن المشايخ قد كانوا مختلفين في أن العقود على ما استتجار الظاهر ما إذا ؟ فقال بعضهم هو المنافع وهي خلعها للصبي ، واللبن يقع كالصبيغ في الثوب . وقال بعضهم : واللبن والخدمة تابعة على ما سيأتي تفصيل ذلك ، ومبار ما ذكر في وجه القياس هو القول الثاني ، ومدار ما ذكر في وجه الاستحسان بقوله وهذا العقد لا يرد على العين الخ هو القول الأول ، فهل ينبغي أن يقال في المسئلة الملتحق عليها إن القياس يأتي جوازها لكن يجوز نأها استحساناً ، فيذكر في وجه القياس ما يخص بأحد القولين في معنى هاتيك المسئلة ، وفي وجه الاستحسان ما يخص بالقول الآخر في معناها . ولا ينبغي أنه لا يصح على أحد القولين وجه القياس ، ولا يصح على الآخر وجه الاستحسان ، فلا يوجد في المسئلة قياس واستحسان على الوجه المزبور ، على أن ما ذكر في وجه الاستحسان يقتضي انقضاء ذلك القياس رأساً لاثرك العمل به بعد تقريره كما هو حكم الاستحسان في مقابلة القياس على ما عرف تأمل تقف (قوله لقوله تعالى - فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن -) قال الشراح : يعني بعد الطلاق . أقول : الأول أن يقال : يعني بعد الطلاق والعدة ليوافق مامر في الكتاب في باب النفقة من كتاب الطلاق وهو قوله وإن استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يميز انتهى . وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال في تفسير قول صاحب العناية : يعني بعد الطلاق البائن وقال : إذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة انتهى . أقول : ليس ذلك بنام ، لأنه لا يجوز بعد الطلاق البائن أيضاً قبل انقضاء العدة في رواية وهي التي اختارها في الكتاب فيأمر ، وعن هذا قال المصنف هناك : وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة ،

ولأن التعامل به كان جارياً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وأقرهم عليه . واختلف العلماء في العقود عليه ، فقيل هو المنافع وهي خلعها للصبي والقيام به ، واللبن تبع كالصبيغ في الثوب وهو اختيار صاحب البخيرة والإيضاح والمصنف . وقيل هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار خمس الأئمة السرخسي حيث قال في المبسوط : والأصح أن العقد يرد على اللبن لأنه هو المقصود ، وماسوى ذلك من القيام بمصلحته تبع والمقود عليه ما هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به ، واستوضع المصنف هذه الجهة بقوله : ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لاستحق الأجر ، وبين ما هو المختار عنده بقوله : والأول أقرب إلى الحق لأن عقد الإجارة لا يتعد على إلتاف الأعيان مقصودا ، كمن استأجر بقرة ليشرّب لبنها ووعد ببيان العنبر عن الإرضاع بلبن شاة . وتعجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما أعرض عنه خمس الأئمة بعد رؤيته الدليل الواضح ، وهو تقليد صرف لأن الدليل ليس بواضح ، لأن مداره قوله لأنه هو المقصود وهو ممنوع ، بل المقصود هو الإرضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بأمره ووساطة منها اللبن ، فجعل العين المرئية منفعة .

(قوله وهو تقليد صرف) أقول : يعني لئس الأئمة (قوله فجعل اللبن المرئية) أقول : قوله فجعل مبتدأ وخبره يعني يمد سطرين وهو

والأول أقرب إلى الفقه لأن عقد الإجارة لا يتعقد على إتلاف الأعيان مقصودا، كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنا . ومنذ ين العذر عن الإرضاع بلبن الشاة إن شاء الله تعالى .

وكذا في الميتة في رواية انتهى فطلب (قوله والأول أقرب إلى الفقه لأن عقد الإجارة لا يتعقد على إتلاف الأعيان مقصودا الخ) القول الأول اختيار صاحب الخيرة والإيضاح، واختاره المصنف كثارى . والقول الثانى اختيار خمس الأئمة السرخسى حيث قال في الميسوط : وزعم بعض المتأخرين أن الملقود عليه المتفعة وهو القيام بخدمة الصبي وما يحتاج إليه، وأما اللبن فتبع فيه لأن اللبن عين والعين لا تستحق بعقد الإجارة كلبن الأنعام . ثم قال : والأصح أن العقد يرد على اللبن لأنه هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به، وهكذا ذكره ابن سباعة عن محمد رحمه الله فإنه قال : استحقاق لبن الأمية بعد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه ، وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة انتهى كلامه . وتعجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما أعرض عنه الإمام الكبير خمس الأئمة السرخسى بعد أن رأى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوبة عن محمد رحمه الله . وردّ عليه صاحب النهاية بعد أن روى تعجبه من ذلك حيث قال : وهو تقليد صرف لأن الدليل ليس بواضح ، لأن مداره قوله لأنه هو المقصود وهو ممنوع ، بل المقصود هو الإرضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بأمور ووسائل منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة . ونقض القاعدة الكلية أن عقد الإجارة عقد على إتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ، ولا يتشبه له بما روى ابن سباعة عن محمد رحمه الله أنه قال : استحقاق لبن الأمية بعقد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه ، وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة لأنه ليس بظاهر الرواية ، ولئن كان فنحن مامتنا أن يستحق بعقد الإجارة ، وإنما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو تبعا ، وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك ، إلى هنا كلامه . أقول : خاتمة كلامه ليست بصحيحة ، إذ في كلام محمد ما يدل على أن استحقاقه من حيث كونه مقصودا لا محالة ، لأنه قال استحقاق لبن الأمية بعقد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه ، ولا شك أنه لا دلالة على عدم جواز بيعه إلا بأن يكون استحقاقه من حيث كونه مقصودا ، ألا يرى أن الصبي في الثوب يستحق بعقد الإجارة تبعا مع أنه لا يجوز بيعه قطعا . ثم إن للتجار البيعى هاهنا كلمات كثيرة مزعومة ذكرها تقوية لما ذهب إليه خمس الأئمة السرخسى وردّ على صاحب النهاية ما ذكره في رده على صاحب النهاية . فإن ذكرنا كلها وبيننا حالها الزمن الإطباب بلا طائل ، ولكن لا علينا أن نذكر نبذا من أولها وآخرها ، قال بعد نقل ما في النهاية والنهاية : قلت قول خمس الأئمة هو الأكبر إلى الفقه لأن الأعيان التي تحمل شيئا فشيئا مع بقاء أصلها بمنزلة المنافع فيجوز إيجارها كالعمارة لمن ينضع بالمنافع ثم يردها . والعمارة لمن يأكل ثمرة الشجرة ثم يردها ، والمنفعة لمن يشرب لبن الشاة ثم يردها . ثم قال في آخر كلامه : وكيف يقول صاحب النهاية لما روى ابن سباعة عن محمد رحمه الله أنه غير ظاهر الرواية وهو من كبار أصحاب محمد وأبي يوسف القاضي ، وكان من العلماء الكبار الصالحين وكان يصل كل يوم مائتي ركعة انتهى كلامه . أقول : كل ما قاله في الأول والآخر فاسد . أما ما قاله في الأول فلا معنى لحطوث المنافع شيئا فشيئا لأن لا يكون لها بقاء أصلا بناء على عدم

ونقض القاعدة الكلية أن عقد الإجارة عقد على إتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ، ولا يتشبه له بما روى ابن سباعة عن محمد أنه قال : استحقاق لبن الأمية بعقد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه ، وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة لأنه ليس بظاهر الرواية ، ولئن كان فنحن مامتنا أن يستحق بعقد الإجارة ، وإنما الكلام

قوله ليس بواضح (قوله ونقض القاعدة الكلية) أقول : إذا جعل اللبن منفعة لا تنقض القاعدة الكلية إلا أن يقال : للرد هو المنافع حقيقة ولكن الخصم من وراء المنع (قوله ولا يتشبه له) أقول : ناظر إلى قوله إن عقد الإجارة عقد على إتلاف المنافع (قوله دليل على أنه لا يجوز بيعه الخ) أقول : لأنه دليل على كونه من المنافع ، وليس يرد على الأعيان دون المنافع (قوله أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة) أقول : لأن الأعيان لا تستحق به ، بل التي يستحق به إنما هو المنافع (قوله لأنه ليس بظاهر الرواية) أقول : ناظر لقوله ولا يتشبه له

وإذا ثبت ما ذكرنا يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتبارا بالاستتجار على الخدمة . قال (ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا : لا يجوز) لأن الأجرة مجهولة فصار كما إذا استأجرها للخبز والطبخ . وله أن الجهالة لا تنفي إلى المنازعة لأن في العادة التوسعة على الأنظار شفقة على الأولاد فصار كبيع قفيز من صبرة ، بخلاف الخبز والطبخ لأن الجهالة فيه تنفي إلى المنازعة (وفي الجامع الصغير : فإن سمي الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها فهو جائز) يعني بالإجماع .

بقاء الأعراس زمانين عند المتكلمين ، ولا شك أن هذا المعنى ليس بتحقيق في الأعيان فكيف تكون الأعيان بمنزلة المنافع ، ولو سلم ذلك لم يميز إجارة الأعيان قطعا ، إذ حقيقة الإجارة تمليك المنافع بعوض دون تمليك الأعيان ، فإن تمليك الأعيان بعوض هو البيع لا غير ، وهذا أمر مقرر عند الفقهاء قاطبة ، وما ذكره من التظلمات أو التشبهات مما لا يجدي شيئا . أما صورة العارية فلأن العين هناك باق على حاله ، وإنما الانتفاع بالمنافع فلا مساس لها لما نحن فيه . وأما صورتان الأخرى فلأن المعنى فيهما وإن كان تمليكا للعين لكن لا بطريق الإجارة بل بطريق المحبة والعطية فلا فائدة لهما فنحن فيه ، إذ الكلام في أن عقد الإجارة لا يرد على الأعيان لا أن شيئا من المفقود لا يرد عليها . وأما ما قاله في الآخر فلأن المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجامعين والزيادات والميسوط ، والمراد بغير ظاهر الرواية عندهم رواية غيرها ، وهذا مع كونه شاعرا فيها بينهم مذکور في مواضع شتى قد صرح به الشراح قاطبة حتى ذلك الشارح نفسه أيضا في كتاب الإقرار ، ولا شك أن مراد صاحب العناية أيضا ما هنا بقوله إذ ما روى ابن سبابة عن محمد ليس بظاهر الرواية أنه ليس من رواية تلك الكتب الأربعة لمحمد رحمه الله التي هي رواية المتقدمين بها جدا ، وكون ابن سبابة من كبار العلماء الصالحين مما لا يندفع في ذلك قطعا ، وما الشبهة فيه إلا من أنقول على اصطلاح الفقهاء في ظاهر الرواية وغير ظاهرها فكأنه نسي ما قدمت يده (قوله وإذا ثبت ما ذكرنا يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتبارا بالاستتجار على الخدمة) قال جماعة من الشراح في تفسير قوله ما ذكرنا : يعني من جواز الإجارة بأحد الطرفين . أقول : فيه نظر ، إذ لو كان مراد المصنف بقوله ما ذكرنا ما يميز الطريقين لما تم قوله اعتبارا بالاستتجار على الخدمة لأن الاعتبار بالاستتجار على الخدمة : أي القياس على ذلك لا يصح على الطريق الثاني ، فإن العقد في الاستتجار على الخدمة يقع على إتلاف المنة مقصودا لإعالة ، وفي استتجار الظئر يقع على إتلاف العين مقصودا على موجب الطريق الثاني فكيف يصح اعتبار أحدهما بالآخر . فالحق أن مراده بقوله ما ذكرنا ما اختاره من رجحان الطريق الأول على الطريق الثاني ، وعن هذا قدم ذكر الكتاب والسنة في إثبات هذه المسئلة ، وأخر ذكر القياس إلى هنا ، فإن إثباتها بالكتاب والسنة متمش على كلا الطريقين فناسبه ذكرهما متصلا بأصل المسئلة . وأما إثباتها بالقياس فنخص بالطريق الأول فناسب ذكره بعد تفصيل الطريقين

في استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك (قوله وإذا ثبت ما ذكرنا) يعني من جواز الإجارة بأحد الطرفين (صححت إذا كانت الأجرة معلومة اعتبارا باستتجار عبد للخدمة مثلا) فإن قيل : قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام ؟ قلت : أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولا ثم رجع إلى إثباتها بالقياس ، ويجوز أن يكون توطئة لقوله (ويجوز بطعامها وكسوتها) يعني جازت بأجرة معلومة كسائر الإجازات ويطعامها وكسوتها أيضا (استحسانا عند أبي حنيفة) لأن العادة لإجارة بالتوسعة على الأنظار شفقة على الأولاد ترفع الجهالة ، بخلاف ما قاله من غير هاتين الإجازات كالخبز والطبخ وغير ذلك فإن الجهالة فيها تنفي إلى المنازعة فلا يجوز بطعامها ويطبخها وكسوتها

(قوله وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك) أقول : بل يدل على استحقاقه من حيث كونه مقصودا لظهور أن استحقاقه تبعا لا يدل على عدم جواز بيعه كما في الصبح (قوله قوله وإذا ثبت ما ذكرنا) يعني من جواز الإجارة بأحد الطرفين (الخ) أقول : ولعل مراد المصنف هو الإشارة إلى ما صححه واختاره من الطريق الأول كما يفهم من القياس عليه فليأتمل (قوله ويجوز أن يكون توطئة لقوله (ويجوز بطعامها) أقول : يأتي من ذلك قوله اعتبارا بالاستتجار على الخدمة فليأتمل (قال المصنف : وفي الجامع الصغير : فإن سمي الطعام دراهم)

ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه ، وهذا لاجهالة فيه (ولوسمى الطعام وبين قدره جاز أيضا) لما قلنا ،

وبيان ما هو المختار عنده موافق للقياس ، فهذا التحقيق ظهر سقوط السؤل وركاكة الجواب الذين ذكرهما صاحب العناية بقوله : فإن قيل : قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فافائدة هذا الكلام ؟ قلت : أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولا ثم رجع إلى إثباتها بالقياس ، انتهى تدبير تفهم (قوله ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) قال صاحب النهاية : وهذا التفسير الذى ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ، ولكن يحتمل أن يكون معناه : أى سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم أعطى الطعام يلزاه الدراهم المسماة انتهى . أقول : ليت شعرى كيف يستفاد هذا المعنى من ذلك اللفظ حتى يصح طعنه فى المعنى الذى ذكره المصنف بأنه لا يستفاد من ذلك اللفظ وقوله هذا المعنى ، فإن هذا المعنى إن لم يكن أكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذى ذكره المصنف فلا أقل من المساواة ، لأنه إذا صير إلى حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه فى ذلك اللفظ : أى لفظ الجامع الصغير بأن كان تقديره إن سمى بدل الطعام دراهم كما حمله عليه الإمام الزيلعى جاز أن يفهم منه أول المعنى الذى ذكره المصنف وهو قوله أن يجعل الأجرة دراهم ، ولكن لا يفهم منه أصلا آخره وهو قوله ثم يدفع الطعام مكانه كما نبه عليه الإمام الزيلعى حيث قال : لكن لا يفهم منه أنه أعطى بدل الدراهم طعاما ، وإنما يفهم منه أنه سمى بدل الطعام دراهم لا غير انتهى . وأما المعنى الذى ذكره صاحب النهاية فله اشتراف فى الآخر مع المعنى الذى ذكره المصنف ، وفى أوله تفصيل زائد على ما فى أول المعنى الذى ذكره المصنف ، فإن فهم ذلك التفصيل من المضاف المقدر فى لفظ الجامع الصغير كان المعنى متساويين فى اتفهام البعض الأول منهما من ذلك اللفظ وعدم اتفهام البعض الآخر منهما منه ، وإلا كان المعنى الذى ذكره صاحب النهاية أكثر بعدا عن ذلك اللفظ من المعنى الذى ذكره المصنف ، فلا وجه لرد الثانى وقبول الأول . وقال صاحب العناية بعد أن نقل ما قال صاحب النهاية : وهو حق ، ولكن لو قدر فى كلام المصنف لفظة بدلا بأن يقال أن يجعل الأجرة دراهم بدلا آل إلى ذلك انتهى . أقول : لا يفتى على من له دربة بأساليب الكلام أن تقدير بدلا بعد أن أخذت كلمة أن يجعل مقعوليا ركيك من حيث الإعراب ، والمعنى : فطريك بالتأمل الصادق مع ملاحظة قوله ثم يدفع الطعام مكانه . وذكر بعض الفضلاء توجيهين آخرين للفظ الجامع الصغير حيث قال : يجوز أن يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض : أى للطعام ، أو المراد بالتسمية هو التعيين : أى عين الطعام بدراهم وتدميته إلى دراهم بنفسه باعتبار معناه الأصل تأمل انتهى كلامه . أقول : كلا التوجيهين مجروح . أما الأول فلأنه قد تقرر فى علم النحو أن حذف حرف الجر مع غير أن وأن إنما يجوز فيما يسمع نحو استغفرت الله ذنبا : أى من ذنب ويفاء الخير : أى بغيره ، وأما فيما لا يسمع فلا يجوز ولهذا لم يجر حذف الجار من لياك من الأسد إذ لم يسمع ، وعن هذا قال ابن الحاجب : ولا تقل لياك الأسد لامتناع تقدير من انتهى ، وفيما نحن فيه أيضا لم يسمع فلا يجوز نزع الخافض : أى حذف حرف الجر ولهذا لم يتعرض المصنف وغيره من النحاة وذكر رواية الجامع الصغير إشارة إلى ما يجعله جميعا عليه بمعركة الجنس والأجل والقدار ، وفسر قوله فإن سمى الطعام دراهم (بأن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) أى مكان للمسمى من الدراهم . قال صاحب النهاية : وهذا التفسير الذى ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ، ولكن يحتمل أن يكون معناه : أى سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ، ثم أعطى الطعام يلزاه الدراهم المسماة وهو حق ، ولكن لو قدر فى كلام المصنف لفظة بدلا بأن يقال أن يجعل الأجرة دراهم بدلا آل إلى ذلك (وهذا) أى يجعل الأجرة على هذا الوجه (لاجهالة فيه ، وكلنا لو سمى الطعام وبين قدره

أقول : يجوز أن يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض : أى للطعام ، أو المراد بالتسمية هو التعيين : أى عين الطعام بدراهم وتدميته إلى دراهم بنفسه باعتبار معناه الأصل فتأمل (قال المصنف : ثم يدفع الطعام مكانه) أقول : هذا لا يفهم من عبارة الجامع ، وإنما يفهم منه أنه سمى بدل الطعام دراهم لا غير تأمل (قوله ولكن يحتمل أن يكون معناه سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها الخ) أقول : بأن يكون المضاف مقدرا فى كلام الجامع : أى سمى بدل الطعام ، وهكذا ذكر الزيلعى ، إلا أن التقدير لابد له من قرينة ، فتأمل هل هنا ما يصلح أن يكون قرينة بذلك ؟

ولا يشترط تأجيله لأن أوصافها أثمان (ويشترط بيان مكان الإيفاء) عند أبي حنيفة خلافا لهما ، وقد ذكرناه في البيوع (وفي الكسوة يشترط بيان الأجل أيضا مع بيان القدر والجنس) لأنه إنما يصير ديناً في الذمة إذا صار مبيعاً وإنما يصير مبيعاً عند الأجل كما في السلم . قال (وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها) لأن الوطء حق الزوج فلا يتمكن من إبطال حقه ؛ ألا ترى أن له أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به صيانة لحقه ، إلا أن المستأجر يمنعه عن غشيانها في منزله لأن المنزل حقه (فإن حبلت كان لهم أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها) لأن لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لم يفسخ إذا مرضت أيضاً (وعليها أن تصلح طعام الصبي) لأن العمل عليها . والحاصل أنه يعتبر فيها لانص عليه العرف في مثل هذا الباب ، فما جرى به العرف من غسل الثياب للصبي وإصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظن أما الطعام فعلى والد الولد . وما ذكر محمد أن الدهن والريحان على الظن فذلك من عادة أهل الكوفة (وإن أرضعته في المدة بلين شاة فلا أجر لها) لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الإرضاع . فإن هذا إيجار وليس إرضاع . وإنما لم يجب الأجر لهذا المعنى أنه اختلف العمل .

هذا التوجيه مع ظهوره جداً . وأما الثاني فلاخه إذا كان المراد بالتسمية هو التعيين لا يصح تعديته إلى دراهم بنفسه باعتبار معناه الأصل ، وإلا يلزم الجمع بين معنى التسمية وهو لا يجوز سواء كان اللفظ حقيقة في كل واحد من المعنيين أو حقيقة في أحدهما مجازاً في الآخر ، إذ لا يجوز عموم المشترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا على ما عرف في علم الأصول (قوله ولا يشترط تأجيله لأن أوصافها أثمان) قال كثير من فقهائنا في شرح قوله أوصافها : أي أوصاف الطعام على تأويل الخطة اهـ . أقول : فيه نظر . إذ لا شك أن المراد بالطعام في مسئلتنا هذه ما يتم الخطة وغيرها ، فكيف يتم تأويل ذلك بالخاص في مقام الاستدلال على العام . والحق عندي أن مرجع الضمير هو الطعام بتأويل كونه أجرة في مسئلتنا هذه ، فالمعنى أن هذه الأجرة أوصافها أوصاف أثمان فلا يشترط تأجيلها ، بخلاف الكسوة كما منكر . والعجب أن صاحب العناية بعد أن قال في تفسير قول المصنف ولا يشترط تأجيله : أي تأجيل الطعام المسمى أجرة سلك في تأويل تأنيث ضمير أوصافها مسلك سائر الشراح من التأويل بالخطة وقد عرفت حاله (قوله فإن هذا إيجار وليس إرضاع) في الصحاح الوجور اللؤاء يوجر في وسط النعم : أي يصيب ، تقول منه وجرت الصبي وأوجرته بمعنى اهـ . أقول : لقائل أن يقول : إذا كان هذا إيجاراً لا إرضاعاً فلا معنى لأن

ولا يشترط تأجيله) أي تأجيل الطعام المسمى أجرة (لأن أوصافها) أي أوصاف الطعام بتأويل الخطة (أثمان) أي أوصاف أثمان من وجوبه في الذمة إذا كان ديناً ، والأثمان لا يشترط تأجيلها ، بخلاف ما إذا كان مسلماً فيه لأنه في السلم مبيع وإن كان ديناً فلا يشترط تأجيله بالسنة (ويشترط بيان مكان الإيفاء) إذا كان له محل وموئته (عند أبي حنيفة خلافا لهما وقدس سر البيوع) والباقي ظاهر . قال (وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها الخ) وطء المرأة حق الزوج فلا يتمكن المستأجر من إبطاله ولهذا كان له أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به : أي بقصد الإجارة صيانة لحقه ، ولقوله الكتاب مطلق يتناول ما إذا كان الزوج ممن يمينه طويرة زوجته أولاً ، وهو الأصح لأنها إن كانت تزوجه في بيت أبويه قل أنه يمنعهما من الخروج عن منزله وإن كانت تزوجه في بيتهم قل أنه يمنعهما من إدخال صبي الغير في منزله كما أن للمستأجر أن يمنع الزوج من غشيانها في منزله بعد الرضا بالعقد لأن المنزل حقه ، فإن حبلت كان لهم أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها . لأن لبن الحامل يفسد الصبي فكان الخوف عذراً تفسخ به الإجارة كما لو مرضت (قوله وعليها أن تصلح طعام الصبي لأن العمل) يعني العمل الراجع إلى منفعة الصبي (على الظن) والباقي ظاهر . وقوله (وإن أرضعته في المدة بلين شاة فلا أجر لها) لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الإرضاع ، فإن هذا إيجار وليس إرضاع (دليل ظاهر على ما قلناه) فإنه إنما لم يجب الأجر لاختلاف العمل (لا لانتهاء اللبن ، ولهذا لو أوجر الصبي بآبن الظن في المدة لم تستحق الأجرة ، فلم يهنا أن المقود عليه هو الإرضاع والعمل دون اللبن وهو اللبن . وقوله (أنه اختلف العمل) يدل من قوله لهذا المعنى . وفي بعض النسخ : وهو أنه ، وفي بعضها : لأنه . فإن قيل : الظن أجبر خاص أو مشترك

قال (ومن دفع إلى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله أجر مثله ، وكذا إذا استأجر حمارا يحمل طعاما بقبض منه بالإجارة فاسدة) لأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قبض الطحان، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه ، وهو أن يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقبض من دقيقه .

يقول في الكتاب في وضع هذه المسئلة : وإن أَرْضَعْتَهُ في المدة بلين شاة ، بل الظاهر أن يقول : وإن أَوْجَرْتَهُ بدل وإن أَرْضَعْتَهُ ، اللهم إلا أن يحمل على المشاكلة بملازمة مسئلة استئجار الظئر التي وظيفتها الإرضاع تأمل . فإن قيل : الظئر أجير خاص أو أجير مشترك ؟ أجيب بأنها أجير خاص على ما دل عليه لفظ الميسوط ، فإنه قال فيه : ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فأت سرق من حلي الصبي أو من ثيابه شيء لم تضمن الظئر شيئا لأنها بمنزلة الأجير الخاص ، فإن العقد ورد على منافعها في المدة ؛ ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والأجير الخاص أمين فيها في يدها . ويحتمل أن تكون أجيرا خاصا وأن تكون أجيرا مشتركا على ما دل عليه لفظ الذخيرة ، فإنه قال فيها : وإن أجزرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبياتهم ، ولا يعلم بذلك أهلها الأولون حتى يفسخوا هذه الإجارة فأرضعت كل واحد منهما و فرغت فقد أثمت ، وهذه جناية منها ولها الأجر كاملا على الفريقين اهـ . وجه الدلالة على احتمالها أنها لو كانت أجير واحد من كل وجه لم تستحق الأجر كاملا وأثمت بما صنعت ، ولو كانت أجيرا مشتركا من كل وجه استحققت الأجر كاملا ولا تأثم فكانت بينهما ، فقلنا بأنها لا تستحق الأجر كاملا لشبهها بالأجير المشترك ، وبأنها تأثم لشبهها بأجير الواحد . هذا زبدة ما ذكره صاحب النهاية هاهنا وافق أثره صاحب العناية ، غير أنه اعترض على دالة لفظ الميسوط على كونها أجيرا خاصا حيث قال : وفيه نظر ، لأنه قال : لأنها بمنزلة الأجير الخاص لا عينه انتهى . أقول : نظره ساقط ، فإن المراد بدلالة لفظ الميسوط عليه دالة قوله فإن العقد ورد على منافعها في المدة ، وتؤيره بقوله ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل ، فإن كلا منهما بدل قطعا على أنها أجير خاص ، لأن ورود العقد على المنفعة في المدة وعدم جواز إخراج النفس من غير المستأجر من خواص الأجير الخاص .

أجيب بأنها أجير خاص على ما يدل عليه لفظ الميسوط . قال فيه : ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فأت سرق من حلي الصبي أو من ثيابه شيء لم تضمن الظئر لأنه بمنزلة الأجير الخاص ، فإن العقد ورد على منافعها في المدة ؛ ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل ، والأجير الخاص أمين فيها في يده ، وفيه نظر لأنه قال : لأنها بمنزلة الأجير الخاص لا عينه . وذكر في الذخيرة ما يدل على أنها يجوز أن تكون خاصا ومشتركا ، فلتأثم لو أجزرت نفسها لقوم آخرين لذلك ولم يعلم الأولون فأرضعت كل واحد منهما و فرغت أثمت ، وهذه جناية منها ولها الأجر كاملا على الفريقين . وهذا يدل على أنها تحتملهما ، فقلنا بأنها تستحق الأجر منها كلا تشبيها بالأجير المشترك ، وتأثم بما فعلت نظرا إلى الأجير الخاص . قال (ومن دفع إلى حائك غزلا لينسجه الخ) ومن دفع إلى حائك غزلا لينسجه بالنصف بالإجارة فاسدة ، وكذلك إذا استأجر حمارا يحمل طعاما له بقبض منه لأنه في معنى قبض الطحان في جعل الأجرة بعض ما يخرج من عمله ، وقد نهى النبي

(قوله أجيب بأنها أجير خاص الخ) أقول : ولعل الأولى في الجواب هو أن يقال : إن قدم المستأجر ذكر المدة بأن يقول استأجرتك سنة لترضى ولدى هذا يكون خاصا، وإن قدم ذكر العمل يكون مشتركا على قياس ما قيل في استئجار الراعي (قوله وفيه نظرا لأنه قال بمنزلة الأجير الخاص) أقول: لعل المراد الجيب من دالة لفظ الميسوط دالة قوله فإن العقد قد ورد على منافعها الخ . وقوله والأجير الخاص أمين فليتأمل (قوله وهذا يدل على أنها، إلى قوله: وتأثم بما فعلت نظرا إلى الأجير الخاص) أقول: وفي الفصل الثامن والعشرين من إجازات المحيط البرهاني : وليس للرأي إذا كان خاصا أن يرى غنم غيره بأجير ، فلو أنه أجر نفسه من غيره لعمل الراعي ومضى على ذلك شعور ولم يعلم الأول به فله الأجر كاملا ويأثم ، ولهذا قالوا : الخاص لا يجر نفسه من آخر في تأثم انتهى . وفي البرازية : ليس الواحد أن يرى غنم غيره ، فإن رعى يجب الأجر كاملا ويأثم ، ولهذا قالوا : الخاص لا يجر نفسه من آخر في تأثم ، ولو أجر من آخر فيها له الأجرة الثانية أيضا ويعطيه له الأجر ولا يتصدق به وإن كانت منافع بدنه مشغولة بحق الغير انتهى . إذا عرفت هذا عرفت ما في كلام الشارح (قوله وكذلك إذا استأجر حمارا يحمل طعاما له بقبض منه لأنه في معنى قبض الطحان في جعل الأجرة بعض ما يخرج من عمله ، وقد نهى النبي

وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الإجراءات ، لا سيما في ديارنا ، والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهو بعض المنسوج أو المحمول ، إذ حصوله بفعل الأجير فلا يعدّ هو قادرا بقدره غيره ،

وأما قوله بمنزلة الأجير الخاص فيجوز أن يراد به بمنزلة الأجير الخاص المعروف الذي لا اشتباه فيه لأحد ، وهذا لا ينافي أن تكون هي عين جنس الأجير الخاص . ثم إن بعض الفضلاء قال : ولعل الأولى في الجواب أن يقال : إن قدم المستأجر ذكر المدة بأن يقول استأجرتك سنة لترضى ولدى هذا تكون خاصا ، وإن قدم ذكر العمل تكون مشتركا على قياس ما قيل في استئجار الراعي اه . أقول : ليس ذلك الجواب بتمام إذ يرد عليه أن يقال لو كانت الظئر أجيرا خاصا على الثبات فيما إذا قدم المستأجر ذكر المدة لما استحققت الأجر كاملا إذا أجرت نفسها من قوم آخرين لترضى صليانهم مع أنها تستحقه كاملا على الفريقين ولكن تأثم كما قلناه عن اللخيرة ، وذكر في سائر المعترات أيضا . وعن هذا قال في اللخيرة والمحيط البرهاني بعد بيان استحقاتها الأجر كاملا على الفريقين : وهذا لا يشكل إذا قال أبو الصغيرة للظئر استأجرتك لترضى ولدى هذا سنة بكذا ، لأن الظئر في هذه الصورة أجير مشترك لأن الأب أوقع العقد أولا على العمل ، إنما يشكل فيما إذا قال لما استأجرتك سنة لترضى ولدى هذا بكذا لأنها أجير وحده في هذه الصورة لأنه أوقع العقد على المدة أولا ، وليس لأجير الواحد أن يؤجر نفسه من آخر ، وإذا أجزر لا يستحق تمام الأجر على المستأجر الأول ويأثم . والوجه في ذلك أن أجير الواحد في الرضاع يشبه الأجير المشترك من حيث أنه يمكنه إيفاء العمل لكل واحد منهما بتمامه كما في الخياط والقصار ، ثم لو كانت أجير وحده من كل وجه لم تستحق الأجر كاملا على الأول وتأثم بما صنعته ، ولو كانت أجيرا مشتركا من كل وجه استحققت الأجر كاملا ولم تأثم فإذا كانت بينهما قلنا بأنها تستحق الأجر كاملا لشبهها بالأجير المشترك وقلنا بأنها تأثم لشبهها بالأجير الواحد . فقد ظهر أن بمجرد تقديم المستأجر ذكر المدة لا يتم كون الظئر أجير وحده من كل وجه فلا بد من التفصيل واعتبار الشبهين كما ذكر في اللخيرة والمحيط البرهاني واختاره الشراح في الجواب فقصر قوله وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الإجراءات لا سيما في ديارنا قال صاحب العناية : فإن قيل : إذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس ؟ قلنا : لا ، لأنه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ، ومثله لا يترك بالعرف اه . وقال بعض الفضلاء : سيجيء من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجعاه اه . أقول : ما سيجيء من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ليس بمخالف لما ذكره صاحب العناية هاهنا ، فإن المصنف بعد أن بين في أوائل كتاب المزارعة أن المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله جائزة عند صاحبيه وذكر الدليل من الجنايين قال إلا أن الفتوى على قولها حاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بها ، والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع اه . ولا يقتضي

صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو أن يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها ، وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الإجراءات . فإن قيل : إذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس ؟ قلنا : لا ، لأنه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ، ومثله لا يترك بالعرف . فإن قيل : لا يترك بل يخص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيز الطحان بالعرف كما قبل بعض مشايخ بلخ في الثياب بحرمان عرفهم بذلك . قلت : الدلالة لا عموم لها حتى يخص عرف ذلك في موضعه (قوله والمعنى فيه) يعنى المعنى الفقهي في عدم جواز ذلك هو (أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهو بعض المنسوج أو المحمول لأن حصوله بفعل غيره والشخص لا يعدّ قادرا بقدره غيره) وإذا ثبت فساد العقد كان للمالك أجر مثله لأن صاحب

(قوله لا لأنه في معناه من كل وجه) أقول : في تقرير الجواب نوع مساعاة ، والظاهر أن يقول نعم يترك به القياس ، إلا أن ما نحن فيه ليس ثابتا بالقياس ، بل بدلالة النص وهي لا يترك به (قوله ومثله لا يترك بالعرف) أقول : سيجيء من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح ، حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان ، وقال : يترك بالعرف كالاستصناع فراجعاه (قوله فإن قيل : لا يترك بل يخص عن الدلالة بعض ما قبل بعض مشايخ بلخ في الثياب بحرمان عرفهم بذلك) أقول : إلحاق بعض

وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر لأن المستأجر ملك الأجير في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ، ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الأجر ،

ذلك أن يطلق القياس على كل ما في معنى قفيز الطحان ، بل إنما يقتضى أن يطلقه على المزارعة وهي في معنى قفيز الطحان من وجه : أي من حيث أنها استعجار ببعض ما يخرج من عمله كما ذكر في دليل أبي حنيفة على فسادها ، وفي معنى المضاربة من وجه : أي من حيث أنها عقد شركة بين المال والعمل كما ذكر في دليل الإمامين على جوازها ، بخلاف ما نحن فيه فإنه في معنى قفيز الطحان من كل وجه لأنه استعجار بمحض ليس فيه شائبة المضاربة ، فلهذا قيل : إنه ثابت بدلالة النص دون القياس . ولئن سلم مخالفة ماسبيجي من المصنف هناك لما ذكره صاحب العناية هاهنا فلا ضير فيها ، لأن فيها نحن فيه قولين : أحدهما أنه ثابت بدلالة النص فلا يترك بالعرف وهو مختار فمسألة الأئمة السرخسي . وثانيهما أنه من حيث القياس فيترك بالتعامل كالاستصناع وهو مختار فمسألة الأئمة الحلواني وأستاذة القاضي الإمام أبي علي النسفي كما فصل في المبسوط وغيره وذكر في النهاية ومعراج الدراية أيضا ، فما ذكره صاحب العناية هاهنا على ما اختاره فمسألة الأئمة السرخسي قطعا وما ذكره المصنف في المزارعة يجوز أن يكون على ما اختاره فمسألة الأئمة الحلواني وأستاذة ، فإذا كان مدار المخالفة بين الكلامين على اختلاف القولين في المسئلة فلا بأس بها (قوله وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر لأن المستأجر ملك الأجير في الحال بالتعجيل) قال الإمام الأزرقي في شرح الكنز بعد ذكر هذه المسئلة مع دليلها المزبور : هكذا قالوا ، وفيه إشكالان : أحدهما أن الإجارة فاسدة والأجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عينا أو ديناً على ما بيناه من قبل ، فكيف ملك هاهنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل . والثاني أنه قال ملكه في الحال ، وقوله لا يستحق الأجر ينافي الملك لأنه لا يملكه إذا لم يملكه إلا بطريق الأجرة فإذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأي سبب يملكه كلامه . أقول : كل من إشكاليه سابق . أما الأول فلا نه لا ريب أن وضع المسئلة فيها إذا سلم إلى الأجير كل الطعام كما يفصح عنه قولهم في تعليلها لأن المستأجر ملك الأجير في الحال بالتعجيل ، إذ تعجيل الأجر إنما يكون بتسليمه إلى الأجير في الحال ، وقد صرح بذلك في تحرير نفس المسئلة كثير من التفات ، منهم صاحب النهاية ومعراج الدراية حيث قالوا : إن هاهنا مستثنى : إحداهما ما إذا استأجر رجلا ليحمل كثر حنطة إلى بغداد مثلا بنصفه كانت الإجارة فاسدة ، وللأجير أجر مثله إن كان بلغ إلى بغداد لا يجاوز به قيمة نصف الكثر . والثانية أن يستأجره ليحمل له نصفه إلى المكان المعين بنصفه الباقي ودفع إليه كله ولا أجر له هاهنا . والتي ذكرها في الكتاب بقوله بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر هي هذه المسئلة وهي من مسائل إجازات الجاهل

الثرث استوفى متفحته بعقد فاسد فكان له أجر مثله (وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر) لا المسمى ولا أجر المثل (لأن المستأجر ملك الأجير) الأجرة (في الحال بالتعجيل) لأن تسليم الأجرة بمحرم التعجيل يوجب الملك في الأجرة (فصار) حاملا طعاما مشتركا . ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الأجر

المحمول بقفيز الطحان بالدلالة على التأمل ، وكيف القفيز بعد الطحن شيء آخر حتى يملكه الغاصب ، ولا كذلك الحمل في المحمول (قال المصنف : وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر لأن المستأجر ملك الأجير في الحال) أقول : قال العلامة الأزرقي : فيه إشكالان : أحدهما أن الإجارة فاسدة والأجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عينا أو ديناً على ما بيناه من قبل ، فكيف ملك هاهنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل . والثاني أنه قال ملكه في الحال ، وقوله لا يستحق الأجر ينافي الملك لأنه لا يملكه إذا لم يملكه إلا بطريق الأجرة ، فإذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأي سبب يملكه انتهى . بل مرادهم نفي الملك لأن وجوده يؤدي إلى ضمه ، وما هو كذلك يطل ، فتقولهم ملك الأجير في الحال كلام ورد على سبيل القرض والتقدير : والمظاهر أن وضع المسئلة فيها إذا سلم إلى الأجير كل الطعام وأما دل الفصل والإطام ، فيكون تقدير الكلام : لو وجب الأجر في الصورة المفروضة للملك الأجير الأجرة في الحال بالتعجيل ، والثالث باطل إذ حيث لا يكون مشتركا بينهما يفرض إلى علم وجوب الأجر ، وكل لازم يؤدي فرض وجوده إلى انتفاء بلزومه يكون مطلقا ، فكذا هذا فليتأمل (قال المصنف : ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الأجر)

لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المقود عليه . قال (ولا يجاوز بالأجر قفيزاً) لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمي ومن أجر المثل لأنه رضى بحط الزيادة ، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغا ما بلغ عند محمد ، لأن المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط . قال (ومن استأجر رجلاً ليخيز له هذه العشرة الختام من الدقيق اليوم بدرهم فهو فاسد ، وهذا عند أبي حنيفة : وقال أبو يوسف ومحمد في الإجازات : هو جائز) لأنه يحمل المقود عليه عملاً ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحاً للمقدّر فترفع الجهالة . وله أن المقود عليه مجهول ،

الكبير اه . وأما الثاني فلأن المناقاة بين قولهم ملك الأجير في الحال وبين قولهم لا يستحق الأجر ولا يجب الأجر ممنوعة ، إذ معنى الأول أنه يملك الأجير ابتداء بموجب العقد وتسليم الأجر إلى الأجير بالتسجيل ، ومعنى الثاني أنه لا يستحق الأجر لبطان العقد قبل العمل بعد أن ملك الأجير بالتسليم بسبب أن صار شريكاً في الطعام قبل إيفاء شيء من المقود عليه . ولا يذهب عليك أنه لاتفاق بين هذين الممنعين ، بل الأول منهما يؤدي إلى الثاني ، ويدل على هذا التوفيق قطعاً ما ذكره صاحب النهاية في تعليل هذه المسئلة نقلاً عن الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسي وصدر الإسلام الحميدي حيث قال : وأما في المسئلة الثانية وهي ما إذا استأجره ليحمل نصفه إلى بتداد بنصفه الباقي ودفع إليه فزناً سلمه إليه على سبيل التملك لنصف الكر من قبل أن يدل نصف كره مطلقاً لنصف كره محمول إلى بتداد فصار بتسليم الكر إليه معجلاً للأجرة فلذلك بنفس القبض . وإذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل العمل لأنه صار شريكاً في الكر قبل إيفاء شيء من المقود عليه . وما قبل التسليم في الإجارة بمنزلة ابتداء العقد ، فلو ابتداء العقد على العمل في شيء العامل فيه شريك المستأجر بطلت الإجارة فكذلك ما هنا ، وإذا بطلت الإجارة لم يجب الأجر ، كذا في الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسي وصدر الإسلام الحميدي ، إلى هنا لفظ النهاية . وبهذا ظهر أنه لا حاجة في دفع الإشكال الثاني من ذلك الإشكالين إلى ما تصف فيه بعض الفضلاء حيث قال : لعل مرادهم في الملك لأن وجوده يؤدي إلى عدمه ، وما هو كذلك يبطل ، فقولهم ملك الأجير في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير فيكون تقدير الكلام : لو وجب الأجر في الصورة المفروضة لملك الأجير الأجرة في الحال بالتسجيل ، والثاني باطل إذ حينئذ يكون مشتركاً بينهما فيفضي إلى عدم وجوب الأجر ، وكل لازم يؤدي فرض وجوده إلى انتفاء ملزومه يكون باطلاً فكذا هذا اه كلامه . (قوله لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فيه) قال بعض الفضلاء ، فيه بحث ، فإنه في كل جزء عامل لغيره أيضاً

لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المقود عليه) وقوله بالنصف الآخر تأويل إلى مسئلة أخرى ، وهو ما إذا قال أحل هذا الكر إلى بتداد بنصفه فإنه لا يكون شريكاً ولكن تقسّد الإجارة لكونها في معنى قفيز الطحان ، ويجب أجر المثل لا يجاوز به قيمة نصف الكر . وقوله (ولا يجاوز بالأجر قفيزاً) متصل بقوله وكذا إذا استأجر حماراً ليحمل طعاماً قفيزاً منه (لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل من المسمى ومن أجر المثل لأنه رضى بحط الزيادة ، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغا ما بلغ عند محمد ، لأن المسمى) وهو نصف الحطب (هناك غير معلوم فلم يصح الحط) وأما عند أبي يوسف فلا يجاوز بأجره نصف ثمن ذلك لأنه رضى بنصف المسمى حيث اشترك . وهذا إذا احتطاب أحدهما وجمع الآخر ، وأما إذا احتطابا جميعاً وجمعاً جميعاً فهما شريكان على السواء . قال (ومن استأجر رجلاً ليخيز له هذه العشرة الختام الخ) الختام جمع خنوم وهو الصاع صمى به لأنه يتم أعلاه كي لا يزداد أو ينقص ، وإضافة العشرة إلى الختام من باب الخمسة الأبواب على منسوب الكوفيين ، واليوم منصوب على الظرفية ، ومن استأجر رجلاً ليخيز له هذه العشرة الختام

لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه في كل جزء عامل لغيره أيضاً فلا معنى للصبر ، وإثبات المطلوب لا يتوقف عليه إلا أن يحمل حل المباني في التشبيه ، أي هو كمال نفسه ، وصحبه من الشارح أكل الفين جواب هذا البحث فراجعه وتأمله (قال المصنف : ولا يجاوز بالأجر قفيزاً) أقول : قال في النهاية : نصب قفيزاً على قول من يجوز إسناده النقل إلى الجار والمفعول مع وجود

لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ، ونفع المستأجر في الثاني ونفع الأجير في الأول فيفضى إلى المنازعة . وعن أبي حنيفة أنه يصح الإجارة إذا قال في اليوم ، وقد سمى علما لأنه للظرف فكان المعقود عليه العمل ، بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق . قال

فلا معنى للحصر ، وإثبات المطلوب لا يتوقف عليه إلا أن يجعل على المبالغة في التشبيه : أى هو كعامل لنفسه اه . أقول : هذا البحث غير متمشٍ راسا ، لأنه إنما يلزم الحصر من كلام المصنف لو كان معناه إلا وهو عامل لنفسه فقط ، أما إذا كان معناه إلا وهو عامل لنفسه كما هو عامل لغيره أيضا فلا حصر فيه ، فلا معنى لقوله فلا معنى للحصر إذ لم يتعين الحصر فيه . فالوجه في تمشية البحث هاهنا توسيع الدائرة ، بأن يقال : إن كان المراد أنه عامل لنفسه فقط فهو ممنوع ، وإن كان المراد أنه عامل لنفسه ولغيره فعدم استحقاقه الأجر على فعله لنفسه لا ينافي استحقاقه على فعله لغيره فلا يتم التضييق ، وسيأتى تنمة هذا الكلام فيما بعد إن شاء الله تعالى (قوله لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها ، وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح) أقول : لقال أن يقول : لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجحا لكون العمل معقودا عليه كما كان كذلك في مسئلة

اليوم بدرهم فهو فاسد عند أبي حنيفة ، وقالا : هو جائز ذكره في إجازات المبسوط لأنه يجعل المعقود عليه العمل حتى إذا فرغ منه نصف النهار فله الأجر كاملا ، وإن لم يفرغ في اليوم فعليه أن يعمل في الغد لأن المعقود عليه هو العمل ، وإذا كان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم جاز العقد ويصل ذكر الوقت للاستعجال لا لتعليق العقد به فكانه استأجره للعمل على أن يفرغ منه في أسرع الأوقات ، والحمل على هذا مما لا بد منه دفعا للجهالة لتصحيح العقد . ولأبي حنيفة أن المعقود عليه مجهول لترده بين أمرين كل منهما صالح للترك ، لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها ، وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ، وليس أحدهما أولى من الآخر ، وإزالة المعضلة إلى التزام قصد العقد ، وهذه كذلك لأن نفع المستأجر في الثاني حتى لا يجيب الأجر عليه إلا بتسليم العمل ، ونفع الأجير في الأول لاستحقاقه بتسليم نفسه وإن لم يعمل ، فإن مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جاز أن يطلب الأجير أجره نظرا إلى الأول وينتفع المستأجر نظرا إلى الثاني فأفضى إلى التزام ، وجعل ذكر الوقت للتجديد تحكما لغايات الأغراض ، فقد يكون التعجيل وقد يكون لكون المنفعة معلومة ، وطول بالفرق بين مسئلتنا وبين ما إذا قال إن خطته اليوم فلك درهم ، وإن خطته غدا فلك نصف درهم ، فإن أبا حنيفة أجاز الشرط الأول وجعل ذكر الوقت للتعجيل وبيننا وبين ما إذا استأجر رجلا ليخبر له قفيز دقيق على أن يفرغ منه اليوم فإن الإجارة فيها جائزة بالإجماع . والفرق بيننا وبين الأولى أن دلائل الجواز وهو نقصان الأجر للتأخير فيها صرفه عن حقيقته التي هي التوقيت إلى الجواز الذي هو التعجيل ، وليس له في مسئلتنا ما يصرفه عنها فلا يصار إلى الجواز ، وكذلك بينها وبين الثانية ، فإن كلمة على فيها معنى الشرط على ما عرفت في موضعنا بحيث يجعله شرطاً دل على أن مراده التعجيل ، يؤيده ما روى عن أبي حنيفة وهو المذكور في الكتاب أنه إذا قال في اليوم صحت الإجارة

للمعقود بدون الجار ، وهو ضعيف انتهى . وفي شرح الرضى أن ذلك منعب للكوفيين وبعض المتأخرين فراجع اه . قال المصنف : وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح) أقول : لم لا يجوز أن يكون تقديم ذكر العمل مرجحا كما قالوا في مسئلة الرضى (قوله وطول بالفرق بين مسئلتنا وبين ما إذا قال إن خطته اليوم فلك درهم) أقول : ولا به من الفرق أيضا بينها وبين مقالوا في مسئلة الرضى أنه إذا جع المستأجر بين المدة والسلم فالاعتبار مقدم منهما في كون الأجير خاصا ومشركا فليتأمل (قوله وكذلك بينها وبين الثانية) أقول : في المعيط البرهاني في الفصل السادس من الإجازات وفي آخر إجازات الأصل : إذا استأجر الرجل رجلا كل شهر بدرهم على أن يضمن له كل يوم قفيزا إلى الليل فهو فاسد . ذكر المسئلة في غير ذكر خلاف . فن مشايخنا بن قال : بهذه المسئلة ثبت وجوبها إلى قول أبي حنيفة ، إذ لا يفسخ الفرق بين هذه المسئلة وبين تلك المسائل . وسهم من قال : مذكر في هذه المسائل قياس قولنا . وما ذكرنا تقدم استصحابنا على قولنا ، إذ لا فرق بين هذه المسئلة وبين تلك المسائل ، والله أعلم انتهى . وأنت خبير بأنه لا بد من التفرقة بين هذه المسئلة وبين المسئلة الثانية في الشرح حتى يجوز تلك بالإجماع بخلاف هذه (قوله دل على أن مراده التعجيل) أقول : لكونه موصفا مطلوبا .

(ومن استأجر أرضاً على أن يكرها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها فهو جائز) لأن الزراعة مستحقة بالعقد ، ولأن تنأى الزراعة إلا بالسقي والكراب ، فكان كل واحد منهما مستحقاً ، وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد فإن اشترط أن يثنيها أو يكرها أو يسقيها فهو فاسد (لأنه يبيى أثره بعد انقضاء المدة ، وأنه ليس من مقتضيات العقد ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، وما هذا حاله يوجب الفساد لأن مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفتان في صفقة واحدة وهي منهي عنه . ثم قيل : المراد بالثنية أن يردها مكروبة ولا شبهة في فساد . وقيل أن يكرها مرتين وهذا في موضع تخرج الأرض الربع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة ، وإن كانت ثلاث سنين لا تبقى منفعة . وليس المراد بكرى الأثمار الجدول بل المراد منها الأثمار العظام هو الصحيح لأنه تبقى منفعة في العام القابل . قال (وإن استأجرها ليزرعها بزراعة أرض أخرى فلا خير فيه) وقال الشافعي : هو جائز ، وعلى هذا إجازة السكنى بالسكنى والليس بالليس والركوب بالركوب .

الراعي على ماصحوا به في معتبرات الفتاوى بلا ذكر خلاف هناك فتأمل (قوله لأن مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير الخ) قال بعض الفضلاء هذا دليل آخر على أصل المدعى فالظاهر أن يقال : ولأن بالواو انتهى . أقول ليس الأمر كما زعمه ، فإن قوله لأن مؤجر الأرض الخ دليل على قوله وما هذا حاله يوجب الفساد على أصل المدعى فالظاهر ترك الواو كما وقع) قوله وقيل أن يكرها مرتين وهذا في موضع تخرج الأرض الربع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة قال الشراح : إنما قيد بهذين القيدين : أى بالكراب مرة ويكون المدة سنة لأنه إذا شرط أن يكرها مرتين في موضع لا تخرج الأرض الربع إلا بالكراب مرتين ، أو كانت تخرجه بالكراب مرة إلا أن مدة الإجازة كانت ثلاث سنين لا يكون هذا الشرط مفسداً للعقد لأنه يكون في الأول من مقتضيات العقد وفي الثاني ليس فيه منفعة لصاحب الأرض فيجوز . وعجالة العناية : والثاني

لأنه للظرف والمظروف لا يستغرق الظرف كما مر في الطلاق ، فكانه قال : إن عملت في بعض اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو المقنود عليه ، بخلاف قوله اليوم فإن المنفعة تستغرق الوقت فتصلح أن تكون معقوداً عليه وتلزم إلهاله . قال (ومن استأجر أرضاً على أن يكرها الخ) بين في هذا أن الشرط الذى لا يقتضيه عقد الإجازة وفيه منفعة لأحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد ، والشرط الذى يقتضيه العقد لا يفسده كما في البيع : فإن استأجر أرضاً على أن يكرها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها فهو جائز ، لأن الزراعة تستحق بالعقد ولا تنأى إلا بالسقي والكراب فكانا من مقتضياته فذكره لا يوجب الفساد . وإن شرط أنه يثنيها أو يكرها أو يسقيها فهو فاسد لأنه ليس من مقتضيات العقد ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين لبقاء أثره بعد انقضاء المدة ، وما هذا حاله يوجب الفساد لأن مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير على وجه تبقى بعد المدة فيصير صفتان في صفقة واحدة وهو منهي عنه . وإنما قلنا إن ذلك ليس من مقتضيات العقد لأن المراد بالثنية إن كان ردها مكروبة فلا شك في أنه لا يقتضيه لأن الزراعة لا تتوقف عليه ، وإن كان المراد بها أن يكرها مرتين فيجب أن يكون هذا في موضع تخرج الأرض الربع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة ، لأنه إذا كان في موضع لا تخرج الأرض الربع إلا بالكراب مرتين أو كانت تخرج بالكراب مرة إلا أن مدة الإجازة كانت ثلاث سنين فإنه لا يفسد العقد ، لأن الأول حينئذ من مقتضياته ، والثاني ليس فيه لأجل المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة . وأما كرى الأثمار فقال بعضهم المراد بها الجدول لبقاء منفعة في العام القابل ونفاه المصنف وقال : بل المراد منها الأثمار العظام هو الصحيح لأنه تبقى منفعة في العام القابل دون الأول (وإذا استأجر أرضاً ليزرعها بزراعة أخرى لا يجوز أصلاً ، وكذا إجازة السكنى بالسكنى والليس بالليس والركوب بالركوب . وقال الشافعي : هو جائز .

(قال المصنف : لأن مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير) أقول : هذا دليل آخر على أصل المدعى ، فالظاهر أن يقال ولأن بالواو (قوله فإنه لا يفسد العقد لأن الأول حينئذ من مقتضياته ، والثاني ليس فيه الخ) أقول : وأنت غير بأن الثاني أيضاً من مقتضيات العقد ، وقوله ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة ممنوع ، بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تنأى زواجه إلا به (قوله دون الأول) أقول : ولئن بقي فكره من مقتضيات العقد

أن المنافع بمنزلة الأعيان حتى جازت الإجارة بأجرة دين ولا يصير ديناً بدين . ولنا أن الجنس بانفراده بحرّم النساء عندنا فصار كبيع القوي بالقوي نسبةً وإلى هذا أشار محمد ،

ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة . وقال بعض الفضلاء : وأنت خير بأن الثاني أيضاً من مقتضيات العقد ، وقوله ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة متنوعة ، بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تتأق زراعة إلا به انتهى . أقول : ليس شيء من شطري كلامه بسديد . أما شطره الأول فلا نه إذا كانت الأرض تخرج الربيع بالكراب مرة ولكن كانت مدة الإجارة ثلاث سنين كما هو المراد بالثاني فلا شك أن الكراب مرتين في هذه الصورة لا يكون من مقتضيات العقد للقطع بحصول المقصود بالعقد فيها بالكراب مرة واحدة من غير حاجة إلى الكراب مرة أخرى . وما حصل المقصود بالعقد بدونه كيف يكون من مقتضياته . وأما شطره الثاني فلا نه إذا كانت الأرض تخرج الربيع بالكراب مرة فهل يقول العاقل لا تتأق الزراعة هناك إلا بالكراب مرتين حتى يتوهم النفع للمستأجر في اشتراط الكراب مرتين في موضع تخرج الأرض الربيع بالكراب مرة وكانت المدة ثلاث سنين . ومن قال من الشراح ليس فيه منفعة لصاحب الأرض فإنما خص صاحب الأرض بالذكر بناء على عدم احتمال النفع فيه أصلاً للمستأجر ، لا لأن له نفعاً فيه وإلا لآثم التزريب كما لا يخفى (قوله ولنا أن الجنس بانفراده بحرّم النساء عندنا فصار كبيع القوي بالقوي نسبةً ، وإلى هذا أشار محمد رحمه الله) وهو محكي أن ابن ماعة كتب من بلغ إلى محمد بن الحسن في هذه المسئلة وقال : لم لا يجوز إجارة سكني دار بسكني دار ؟ فكتب محمد في جوابه : إنك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة ، وجالست الحناني فكانت منك زلة ، أما علمت أن السكني بالسكني كبيع القوي بالقوي نساء . والحناني اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن ماعة في هذه المسائل ويقول : لا يرهان لكم عليها كذا في شرح الجامع الصغير لفخر الإسلام

لأن المنافع بمنزلة الأعيان ولهذا جازت الإجارة بدين) أي بأجرة هي دين على المؤجر ، ولو لم تكن المنافع بمنزلة الأعيان لكان ذلك ديناً بدين (ولنا) في ذلك طريقان : أحدهما (أن الجنس بانفراده بحرّم النساء عندنا فصار كبيع القوي بالقوي نسبةً) وقد تقدم بيان أن الجنس بانفراده بحرّم النساء ، ومعنى القوي تقدم في البيوع (وإلى هذا) أي إلى هذا الطريق (أشار محمد) وهو ماروي : أن ابن ماعة كتب إلى محمد بن الحسن في هذه المسئلة فكتب في جوابه ، إنك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة ، وجالست الحناني فكانت منك زلة ، أما علمت أن السكني بالسكني كبيع القوي بالقوي نساء . والحناني اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن ماعة في هذه المسائل ويقول : لا يرهان لكم عليها . وفي بحث من وجهين : الأول أن النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخر المنفعة فيها نحن فيه ليس كذلك . والثاني أن النساء إنما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك ، وفيما نحن فيه ليس كذلك ، فإن كل واحد منهما ليس بموجود بل بمحدثان شيئاً فشيئاً . وأجيب عن الأول بأنهما لما أقدمتا على عقد يتأخر المقود عليه فيه ويحدث شيئاً فشيئاً كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من الشروط فالحق به دلالة احتياطاً عن شبهة الحرمة ، وفيه نظر لأن في النساء شبهة الحرمة ، فبالإلحاق به تكون شبهة الشبهة وليست بحرمة . والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبرة ، فبالإلحاق تثبت شبهة لاشبهتها . وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكماً وعدم الآخر وتحقق النساء ، ويجوز أن نسلك طريقاً آخر

كالكراب بخلاف الأنهار العظام (قوله ولهذا جازت الإجارة بدين : أي بأجرة هي دين على المؤجر) أي كان للمستأجر على المؤجر دين فاستأجرته داراً بذلك الدين الذي في ذمته (قوله أما علمت أن السكني بالسكني) أقول : الظاهر أن المضاف مقدر : أي مبادلة السكني بالسكني (قوله وأجيب عن الأول بأنهما لما أقدمتا على عقد يتأخر المقود عليه فيه ويحدث شيئاً فشيئاً) أقول : الأنسب أن يقول : يتأخر مقابل المقود عليه عنه كما يعلم من جواب البحث الثاني (قوله وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة) أقول : فيه شيء . فإنه إذا أقيم العين مقام المنفعة لم تتحقق المحاسة الحرمة للنساء ، إذ لا يجانسة بين العين والمنفعة ، ووجوده الحكمي لو سلم يورث شبهة في الإلحاق فتصح شبهة الشبهة تأمل . ولما قلت : لو سلم لأنه يمر إلى ملحق الشافعي ظاهراً (قوله ضرورة تحقق المقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها) أقول : التفسير في قوله لفقدانها راجع إلى قوله ضرورة (قوله ويجوز أن نسلك طريقاً آخر الب) أقول : فيه بحث

والتوائد الظهيرية وذكر في عامة شروح هذا الكتاب أيضا . قال صاحب العناية : في هذا الطريق من الاستدلال بحث من وجهين : الأول أن النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك . والثاني أن النساء إنما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك ، وفيما نحن فيه ليس كذلك ، فإن كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدثان شيئا فشيئا . وأجيب عن الأول بأنها لما أقدمنا على عقد يتأخر المقود عليه فيه ويحدث شيئا فشيئا كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فألحق به دلالة احتياط عن شبهة الحرمة . وفيه نظر لأن في التساميشية الحرمة ، فبالإلحاق به تكون شبهة الشبهة وهي ليست بحرمة . والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة ، فبالإلحاق تثبت الشبهة لاشبهائها . وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه البهه يقع فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكما وعدم الآخر وتحقق النساء . إلى هنا كلامه . أقول : في الجواب عن الوجه الثاني بحث من وجهين : الأول أنه إذا أقيم العين مقام المنفعة في أحد الطرفين دون الطرف الآخر واعتبر ذلك العين الموجود في الحال مقودا عليه في العقد لالتحقق المجانسة بين البديلين ، إذ لا مجانسة بين العين والمنفعة فلا يوجد في العقد ما يحرم النساء فلا يتم المطلوب . والثاني أن هذا الجواب يناقض الجواب المذكور عن الوجه الأول لأن مقتضى هذا الجواب أن يكون المقود عليه فيما نحن فيه هو العين القائم مقام المنفعة . ومقتضى ذلك الجواب أن يكون المقود عليه فيه هو نفس المنفعة لأنها التي تتأخر وتحدث شيئا فشيئا فكان بينهما تنافض . فإن قلت : المقود عليه فيه حقيقة نفس المنفعة وحكما العين القائم مقام المنفعة ، فدار الجواب عن الأول على الحقيقة ، ومدار الجواب عن الثاني على الحكم فلا تنافي بينهما . قلت : في جعل الحكم الأول مرتبا على الحقيقة . والثاني برتبا على الحكم دون العكس تحكم بل احتيال لفساد العقد ، ولم يجعل الأمر بالعكس تصحيحا للعقد حتى يكون أرفق بقاعدة الشرع وهي وجوب تصحيح تصرف العاقل مهما أمكن . ثم قال صاحب العناية : ويجوز أن نسلك طريقا آخر وهو أن يقال المدعي أن هذه الإجارة فاسدة لأن المقود عليه إما أن يكون موجودا دون الآخر أولا . . . فإن كان لزم النساء وهو باطل . وإن لم يكن فكذلك لعدم المقود عليه انتهى . أقول : فيه أيضا بحث ، لأنه إن أراد بالمقود عليه الذي رده ما هو المقود عليه حقيقة وهو المنفعة يختار الشق الثاني من الترديد ويكون قوله وإن لم يكن فكذلك لعدم المقود عليه غير صحيح ، لأن ما هو المقود عليه حقيقة معلوم في كل عقد إجارة ولهذا كان القياس بأبي جواز . إلا أنا جوازناه حاجة الناس إليه فأقمنا الدار مثلا مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط بالإيجاب بالقبول كما مر في صدر كتاب الإجازات ، فلم يكن عدم ما هو المقود عليه حقيقة مبطلا للعقد الإجارة قط . وإن أراد بذلك ما هو المقود عليه حكما وهو العين القائم مقام المنفعة يختار الشق الأول من الترديد ويكون قوله فإن كان لزم النساء وهو باطل غير تام ، لأن النساء إنما يبطل عند اتحاد الجنس ، وعلى تقدير أن يجعل المقود عليه هو العين القائم مقام المنفعة لالتصديق المجانسة بين البديلين كما عرفت فيما مر آنفا . واعترض بعض الفضلاء على قوله فإن كان لزم النساء وهو باطل بوجه آخر حيث قال : هذا لا يشبه إلزاما على الباحث ، فإنه يختار هذا الشق ويمتنع استلزامه للفساد مستندا بأن مثله موجود في مبادلة السكنى بالزراعة مثلا وهو جائز بالإجماع فليتأمل . أقول : هذا في غاية السقوط ، إذ ليس في مبادلة السكنى بالزراعة مبادلة الشيء بنفسه ، والذي يحرم النساء بانفراده إنما هو الجنس لا غير ، فلا مجال لأن يقال : لأن مثل ما قيل فيما نحن فيه من بطلان النساء موجود في مبادلة السكنى بالزراعة وهذا مع ظهوره جدا كيف خفي على مثله . ثم إن الإمام وهو أن يقال : المدعي أن هذه الإجارة فاسدة ، لأن المقود عليه إما أن يكون موجودا دون الآخر أولا . فإن كان لزم النساء وهو باطل وإن لم يكن فكذلك لعدم المقود عليه . لا يقال : قسمة غير حاضرة بلجواز أن يعتبرها موجودين ، لأن بطلانه قد (قوله فإن كان لزم النساء وهو باطل الخ) أقول : هذا لا يشبه إلزاما على الباحث ، فإنه يختار هذا الشق ويمتنع استلزامه للفساد مستندا بأن مثله موجود في مبادلة السكنى بالزراعة مثلا وهو جائز بالإجماع فليتأمل (قوله لا يقال قسمة غير حاضرة بلجواز أن يعتبرها موجودين) أقول : أظهر أن يقال في تقرير السؤال : إنما يستقيم ما ذكرت أن لو انحصر صدق القسم الثاني في علمها ، وليس كذلك بلجواز أن يكون صدقه بأن يعتبر وجودها ، وإنما قلنا إن أظهر ذلك لظهور كون القسمة حاضرة .

ولأن الإجارة جَوَزَتْ بخلاف القياس الحاجة ، ولا حاجة عند اتحاد الجنس . بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة . قال (وإذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له) وقال الشافعي : له المسمى لأن المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز ، وصار كما إذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبدا مشتركا ليحيط له الثياب .

الذي استشكل أصل الدليل المذكور حيث قال في التبيين : وهذا مشكل على القاعدة ، فإنه لو كان كذلك لما جاز ، بخلاف الجنس أيضا لأن الدين بالدين لا يجوز وإن كان بخلاف الجنس ، ولأن العقد على المنافع يتعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما بينا من القاعدة ، فقبل وجودها لا يتعقد عليها العقد فإذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق ديناً فكيف يتصور فيها النسبة . فلم بذلك أن الاحتجاج به غير غلص ، إلى هنا كلامه . أقول : كل من وجهي استشكله ساقط . أما وجه الأول فلأن الدليل المذكور لا يقتضي عدم جواز العقد بخلاف الجنس أيضا قوله إن الدين بالدين لا يجوز وإن كان بخلاف الجنس مسلم . ولكن ليس فيه مبادلة المنافع بمبادلة الدين بالدين لأن المنافع ليست بدين ، إذ الدين ما ثبت في الذمة والمنافع لا تثبت في الذمة ، صرح بذلك في النهاية بل عامة الشروح . وأما وجه الثاني فلأن الانقضاء في العقد على المنافع وإن حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع إلا أن نفس العقد وهو الإيجاب والقبول الصادران عن المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر موجود بالفعل وهو علة معلولها الانقضاء ، وتأخر المعلول عن العلة الشرعية جائز على ما عرف ، فحني انقضاء عقد الإجارة ساعة فساعة أن عمل العلة ونفاذها في المحل يحصل ساعة فساعة ، لا أن نفس العقد يكون ساعة فساعة ، إذ لا شك أن الإيجاب والقبول لا يصلحان عن المتعاقدين إلا مرة واحدة ، وهذا كله مما تقرر في صديركتاب الإجارة ، فقبل وجود المنافع وإن لم يحصل الانقضاء إلا أنه يتحقق نفس العقد ، فحين أن يتحقق نفس العقد وهو أن صدوره عن المتعاقدين يتحقق النسبة في المنافع قطعاً فيبطل العقد فيما إذا كان البلدان منفعة واتحد جنسهما كما فيها نحن فيه ، ويبطل قوله فكيف يتصور فيها النسبة تبصر ترشد (قوله ولأن الإجارة جَوَزَتْ بخلاف القياس للحاجة ، ولا حاجة عند اتحاد الجنس) قال الشراح : لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة انتهى . أقول : لا خصم أن يقول : لا تسلم انتفاء الحاجة عند اتحاد الجنس ، ولا حصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة ، إذ لا يمتنع أن كثيراً من الناس قد يحتاج إلى سكنى بعض الدور دون بعضها ، ولا يحصل مقصوده يسكنى بعضها دون بعض لاختلاف المقاصد باختلاف الأماكن بحسب تعدد البلاد بل بحسب تعدد الحال من بلد واحد فكم منهم يحتاج إلى السكنى في بلد آخر أو في محلة منه لحصول حوائجه ومهامته في ذلك ، ولا يحتاج إلى السكنى في بلد آخر أو في محلة أخرى من البلد الأول لعدم حصول تلك الحوائج والمهام هناك . اللهم إلا أن يقال : هذا القدر من الحاجة لا يكفي في ترك القياس ، وكأنه أشير إليه في الكافي وغيره بأن يقال : والحاجة لا تحسم عند اتحاد الجنس ، وإنما تحسم عند اختلاف الجنس ، والكمال من باب الفضول ، والإجارة ما شرعت لاقتضاء الفضول انتهى تأمل توقف (قوله وصار كما إذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام) قال صاحب العناية : يعني الطعام المشترك ، وقال بعض الفضلاء : وعدى لا حاجة في إتمام الكلام إلى جعل الطعام

(و) الثاني (أن الإجارة جَوَزَتْ بخلاف القياس للحاجة ، ولا حاجة عند اتحاد الجنس) لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة كالركوب واللبس والزراعة والسكنى . فإن قيل : إذا اختلف الجنس لزم الكالئ بالكالئ . أجب بأنه يتحقق في الدين والمنفعة ليست بدين ، وإن قيل : اتفق للمقود عليه متعناه بقيام العين مقام المنفعة فيما لم يصحبه الباء ثم إذا استوفى أحدهما المنافع وجب عليه أجر المثل في ظاهر الرواية لأنه استوفى منفعة بحكم عقد فاسد فعليه أجر المثل . وروى بشر عن أبي يوسف أنه لا شيء عليه لأنه تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت . قال (وإذا كان الطعام بين رجلين التبع) وإذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له : يعني لا للمسمى ولا أجر المثل . وقال الشافعي رحمه الله : له المسمى لأن للمنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز ، وصار كما إذا

ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له ، لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع ، بخلاف البيع لأنه تصرف حكى ، وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر ،

مشاركاً ، فإنه لو كان المستأجر خاصة يتوجه إلزام الشافعي بأن وضع الطعام فعل حسي ، والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي انتهى . أقول : مذكوره في بيان أنه لا حاجة في إتمام الكلام إلى جعل الطعام مشتركاً كلام خال عن التحصيل ، لأن لفظ الإلزام في قوله يتوجه إلزام الشافعي إما أن يكون مضافاً إلى مفعوله أو إلى فاعله ، وعلى الوجهين لا يتم مذكوره . أما على الأول فلا أن هذه المسئلة المستشهد بها من قبل الشافعي وهي جواز استئجار الدار المشتركة بين المستأجر وغيره لوضع الطعام بما لا مخالفة فيه بيننا وبين الشافعي ، بل هي مجمع عليها ، ولهذا ذكرت في دليله بطريق الاستشهاد علينا فكيف يتوجه إلزامنا الشافعي بما يقتضي خلاف ما تقرر عندنا ، وهلا يصير ذلك إلزاماً علينا أيضاً . وأما على الثاني فلا أن المعقود عليه في تلك المسئلة منافع الدار دون العمل ، وتسليم منافع الدار يتحقق بدون وضع الطعام فلا ضرر هناك في أن لا يكون النصيب الشائع عللاً لفعل الحسي ، بخلاف ما نحن فيه ، فإن المعقود عليه هنا العمل الذي هو الفعل الحسي وهو لا يتصور في الشائع فلم يتصور الإلزام علينا من الشافعي أصلاً . ثم أقول : الظاهر عندي أيضاً أنه لا حاجة ههنا إلى تقييد الطعام بكونه مشتركاً ولهذا لم يقيده بذلك سائر الشراح قط ، لكن لا لما ذكره ذلك القائل ، بل لأن تمثية استئجار الشافعي ظاهراً بالمسئلة المذكورة لا يتوقف على تقييد الطعام بذلك بل يحصل بمجرد اشتراك الدار بين المستأجر وغيره كاشتراك الطعام بينهما في المسئلة التي نحن فيها ، وكذلك الجواب الذي يأتي من قبلنا عن استئجار الشافعي تلك المسئلة لا يختص بصورة تقييد الطعام بذلك بل يتم ويجرى على الإطلاق يشهد بذلك كله التأمل الصادق (قوله ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له ، لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع) قال في العناية : إذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين . وقال : فإن قيل : إذا حل الكل فقد حل البعض لا محالة فيجب الأجر . أجيب بأن حل الكل حل معين وهو ليس بمعقود عليه انتهى . أقول : في الجواب نظر وهو أن عدم كون حل الكل معقوداً عليه لا يعمد شياً في دفع السؤال ، لأن حاصل السؤال أن حل الطعام واقع على معين قطعاً فكان موجوداً ، وحل الكل لا يتصور بدون حل كل جزء منه فقد استلزم وجود حل الكل وجود حل كل جزء منه لا محالة ، ومن جملة الأجزاء نصيب المستأجر فلا بد أن يجب الأجر لحمل ذلك الجزء الذي هو المعقود عليه ، ولا شك أن عدم كون الكل معقوداً عليه لا يفيده شيئاً في دفع ذلك ، وإنما يكون مفيداً لو كان المقصود من السؤال وجوب الأجر بحمل الكل وليس فليس

استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيه الطعام يعني الطعام المشترك أو عبداً مشتركاً ليخيط الثياب . ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له ، لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع إذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين . فإن قيل : إذا حل الكل فقد حل البعض لا محالة فيجب الأجر . أجيب بأن حل الكل حل معين وهو ليس بمعقود عليه الاستئجار لعمل لا وجود له لا يجوز لعدم المعقود عليه وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر أصلاً . وقرر بين هذا وإجارة المشاع فإنها أيضاً فاسدة عنده ، فإن استوفى المنفعة وجب عليه أجر المثل بأن هناك تسليم المعقود عليه متعلق على الوجه الذي أوجبه العقد ، فإن استوفى المنفعة وجب الأجر . وأما ههنا فإنه متعلق أصلاً فلا يجب (قوله بخلاف البيع) جواب عن قياس الشافعي على البيع ، وذلك (لأن البيع تصرف حكى) أى شرعى ، والتصرف في الشائع شائع شرعاً ، كما إذا باع أحد الشريكين نصيبه .

(قوله يعني الطعام المشترك) أقول : وعنى لإحاجة في إتمام الكلام إلى جعل الطعام مشتركاً . فإنه لو كان المستأجر خاصة يتوجه إلزام الشافعي بأن وضع الطعام فعل حسي ، والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي ، بل لا يبعد أن يدعى أن تقييد الطعام بالاشتراك غلط فليتلأ (قوله أجيب بأن حل الكل حل معين) أقول : في هذا الجواب تأمل ، فإنه ظاهر أن النصيب الشائع غير خارج عن الكل بل داخل فيه ، فإذا حل الكل كان موجوداً معه ويكون كإجارة المشاع ، فإن اللازم هنا أيضاً تمرر التسليم على الوجه الذي يقتضيه العقد فينبغي أن يحكم بأجر المثل (قوله بأن هناك تسليم المعقود عليه متعلق) أقول : هذا ناظر لقوله وقرر بين هذا الخ .

ولأن ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم ، بخلاف الدار المشتركة لأن المعقود عليه هنالك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام ، وبخلاف العبد لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع .

(قوله ولأن ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم) قال صاحب العناية : ولقاتل أن يقول : لا يخلو من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه ولغيره ، والأول ممنوع فإنه شريك ، والثاني حق لكن عدم استحقاقه الأجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة إلى ما وقع لغيره . والجواب أنه عامل لنفسه فقط لأن عمله لنفسه أصل وموافق للقياس ، وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر مخالف للقياس في الحاجة وهي تندفع بعمله عاملا لنفسه لحصول مقصود المتأجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الأجر انتهى كلامه . أقول : في الجواب شيء وهو أن قوله وهي تندفع بعمله عاملا لنفسه لحصول مقصود المتأجر ليس بتمام ، لأنه إنما تندفع بعمله عاملا لنفسه حاجة المتأجر دون حاجة الأخير ، فإن له حاجة إلى الأجر كما أن للمتأجر حاجة إلى المنفعة ، وعلى تقدير جعله عاملا لنفسه فقط لا تنقضي حاجته ، بل إنما تنقضي حاجة المتأجر فقط ، والظاهر أن عقد الإجارة لم يشرع لحاجة المتأجر فقط ، بل إنما شرع لحاجة كل واحد من المتعاقدين ، وإذا لم ينب للأجير العامل فيما نحن فيه أجر لم تندفع الحاجة التي شرع عقد الإجارة لها فلم يتم الجواب . وزيف بعض الفضلاء قوله وهي تندفع بعمله عاملا لنفسه لحصول مقصود المتأجر بوجه آخر حيث قال : كيف يحصل مقصوده والأجير إذا علم أنه لا يعلقه الأجر لا يحمل نصيب المتأجر بل يقامه ويحمل نصيب نفسه انتهى . أقول : ليس هذا بشيء ، إذ لا يذهب عليك أن وضع مستثنافيا إذا حل الكل ولا شك في حصول مقصود المتأجر فيه وإحتمال أن لا يحصل مقصوده في صورة عدم حمل الكل لا يقدح في الكلام المبني على وضع المسئلة كما لا يخفى (قوله وبخلاف العبد لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه ، وأنه أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع) هذا جواب عن قياس الخصم على استتجار العبد المشترك لكن في ظاهره خفاء لأن عقد الإجارة تعليق المنافع بموضع على مامر في صدر الكتاب ، ونصيب صاحبه إنما هو عين العبد

وقوله (ولأن ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه) دليل آخر على المطلوب ووجه أن حامل الشائع ما يحمل من جزء إلا وهو شريك فيه ، وكل من حل شيئا هو شريك فيه كان عاملا لنفسه ، ومن عمل لنفسه لم يستحق أجرا على غيره لعدم تحقق التسليم إليه . ولقاتل أن يقول : لا يخلو من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه ولغيره ، والأول ممنوع فإنه شريك ، والثاني حق لكن عدم استحقاقه الأجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة إلى ما وقع لغيره . والجواب أنه عامل لنفسه فقط ، لأن عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر مخالف للقياس في الحاجة ، وهي تندفع بعمله عاملا لنفسه لحصول مقصود المتأجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الأجر . وقوله (بخلاف الدار المشتركة) جواب عن قياس الخصم على استتجار الدار المشتركة . ووجه أن المعقود عليه هنالك منافع الدار وتسليمها متحقق بدون وضع الطعام فيه ، فإنه إذا تسلم البيت ولم يضع فيه الطعام أصلا وجب عليه الأجر ، بخلاف الحمل فإن المعقود عليه هو العمل وتسليمه في الشائع لا يتحقق كما مر . وقوله (وبخلاف العبد) جواب عن قياسه على استتجار العبد المشترك . ووجه أن المتأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع كما في البيع ، بخلاف الحمل لأنه فعل حسي فكان الضابط أن كل موضع لا يجب فيه الأجر إلا بإيقاع عمل في العين المشتركة لا يجب ، وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة والسقفة المشتركة لحمل الطعام المشترك

(قال المصنف : ولأن ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه) أقول : الأظهر ما من قفيز أو ما من حية لأن الجزء يطلق على الشائع (قوله ومن عمل لنفسه لم يستحق أجرا على غيره) أقول : ولا لزوم للموضع والموضع في شخص واحد (قوله وهي تندفع بعمله عاملا لنفسه لحصول مقصود المتأجر) أقول : كيف يحمل مقصوده والأجير إذا علم أنه لا يعلقه الأجر لا يحمل نصيب المتأجر بل يقامه ويحمل نصيب نفسه (قوله والملك أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع كما في البيع) أقول : الخيلة أمر حسي كيف تصور من الشائع .

(ومن استأجر أرضها ولم يذكر أنه يزرعها أو أى شيء يزرعها فالإجارة فاسدة) لأن الأرض تستأجر للزراعة ولغيرها ، وكذا ما يزرع فيها مختلف ، فنه ما يضر بالأرض مالا يضر بها غيره ، فلم يكن العقود عليه معلوما .

لأن منافعه ، لأن المنافع مما لا يتقبل الشركة على مناصوا عليه فكيف يكون العقود عليه في استئجار العبد المشترك هو ملك نصيب صاحبه . وإنما يتصور أن يكون العقود عليه ذلك في البيع الذى هو تملك العين بعوض . وعن هذا ارتكب الشراح تقدير شيء في حل هذا المحل ، فقال صاحب النهاية لأن العقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه : أى منفعة ملك نصيب صاحبه ، فلما كان ذلك منفعة لا فعلا كالحمل صح إيقاعه في الشائع كما قلنا في الدار المشتركة إن العقد يرد على المنفعة انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن قياس الخصم إنما هو على استئجار العبد المشترك ليحيط له الثياب كما صرح به في الكتاب لا الانتفاع به مطلقا ، فيكون العبد المشترك في تلك الصورة أجيرا مشتركا ويكون العقود عليه هو عمل الخياطة لا المنفعة مطلقا . وإنما يكون العقود عليه هو المنفعة مطلقا لو كان العبد أجيرا وحده وذلك ليس بمقيس عليه ، ولا شك أن عمل الخياطة فعل حسي كالحمل فينبغي أن لا يصح إيقاعه في الشائع كالحمل فلم يتم الفرق . وقال صاحب العناية : وقوله بخلاف العبد جزاء عن قياس الخصم على استئجار العبد المشترك ، ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه ، والملك أمر حكي يمكن إيقاعه في الشائع كما في البيع بخلاف الحمل لأنه فعل حسي انتهى . أقول : فيه أيضا نظر لأنه إن كان مدار فرقه على أن العقود عليه في العبد المشترك هو المنفعة ، وفيما نحن فيه هو الفعل الحسي كما يروى إليه إتمام المنفعة في قوله يملك منفعة نصيب صاحبه يتجه عليه ما أوردناه على تقرير صاحب النهاية من أن قياس الخصم على استئجار العبد المشترك على فعل حسي هو عمل الخياطة لا على استئجاره على المنفعة فلا يتم الفرق ، وإن كان مدار فرقه على تحقق ملك المنفعة في استئجار العبد المشترك وكون الملك مما يمكن إيقاعه في الشائع كما يشعر به قوله يملك منفعة نصيب صاحبه بتقديم الملك على المنفعة على عكس ما في النهاية . وقوله والملك أمر حكي يمكن إيقاعه في الشائع كما في البيع يرد عليه أن ملك المنفعة يتحقق فيما نحن فيه أيضا ، لأن عقد الإجارة تملك المنافع بعوض ، ففي كل فرد من أفراد الإجارة يملك المستأجر البتة المنفعة التي وقع عليها العقد فينبغي أن يجوز ما نحن فيه أيضا باعتبار

(ومن استأجر أرضا ولم يبين أنها للزراعة أو لغيرها أو يبين ما يزرع فيها فالإجارة فاسدة) لجهالة العقود عليه لأن الأرض كما تستأجر للزراعة تستأجر لغيرها كالبناء والغرس (وكذا ما يزرع فيها مختلف ، فنه ما يضر بالأرض أكثر من غيره) كالدره والأرز فلن ضررها بها أكثر من ضرر الحنطة والشعير وجهالة العقود عليه تفسد العقد ، فإن زرعها ومضى الأجل وجب الأجر استحسانا ، والقياس أن لا يكون له ذلك وهو قول زفر ، لأنه انعقد فاسدا فلا يتقلب جائزا . ووجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم بوقوع ما وقع فيها من الزرع لأن الإجارة عقد يعقد للاستقبال فإذا شاهد المزروع في بعض المدة وعرف أنه ضار أو ليس بضار فقد ارتفعت الجهالة المضنية إلى النزاع من ذلك الوقت ، وارتفاعها من ذلك الوقت كارتفاعها من حالة العقد لأن كل جزء منه بمنزلة ابتدائه ، ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا هاهنا . وصار كما إذا استأجر إلى الدلايس مثلا ثم أسقط الأجل قبل أن يأخذ الناس فيه ، وكذا إذا باع بشرط الخيار إلى أربعة أيام ثم أسقط الرابع ، وكذا إذا باع بشرط قبل مجيئه . وهذا رد المختلف على المختلف . فإن زفر لم يقل بذلك أيضا ، ولكن لما أثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكر هاهنا بطريق المبادئ . لا يقال : ذكر هذه المسئلة تكرر لأنه ذكر في أول باب ما يجوز من الإجارة ويجوز استئجار الأراضي للزراعة ، ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لأن ذلك وضع القدوري وهذا وضع

(قوله أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم) أقول : العقد لا يتم بنقض الحاكم بل ينسخ من الأصل (قوله لأن كل جزء منه بمنزلة ابتدائه) أقول : في دلالة على اللهي تأمل بل فيه نوع مخالفة (قوله لأن ذلك وضع القدوري الخ) أقول : جواب لقوله لا يقال ذكر هذه المسئلة الخ .

(فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى) وهذا استحسان . وفي القياس : لا يجوز وهو قول زفر ، لأنه وقع فاسدا فلا يتقلب جائزا . وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينتقل جائزا ، كما إذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة (ومن استأجر حارا إلى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه) لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر وإن كانت الأجرة فاسدة (فإن بلغ بغداد فله الأجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الأولى) (وإن اختصا قبل أن يحمل عليه) وفي المسئلة الأولى قبل أن يزرع (نقضت الإجارة دفعا للفساد إذ الفساد قائم بعد .

إيقاع ملك المنفعة في المشاع . لا يقال : لم يتحقق ملك المنفعة فيما نحن فيه لبطان الإجارة فيه ، بخلاف المقيس عليه لأننا نقول : بطلان الإجارة فيما نحن فيه أول المسئلة وقد خالف فيها الشافعي . واستدل على جواز الإجارة فيه أيضا بوجوه : منها قياسه على استئجار العبد المشترك للسياطة ، فبناء الفرق بينهما على بطلان الإجارة فيما نحن فيه مصادرة على المطلوب . وقال صاحب غاية البيان : قوله وبخلاف العبد جواب عما قاس عليه فيما إذا استأجر عبدا مشتركا ليخط له الثياب ، يعني أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه ، وذلك أمر حكى فيمكن إثباته حكما وإن لم يكن حيا ، بخلاف التنازع فيه لأنه أمر حسي لا يتصور في الشائع لعدم الامتياز حسا اه . أقول : مضمونه موافق لنا في العناية فيه ما فيه فتأمل في الترجيح (قوله فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى) قال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام : فإن زرعها بعد ما فسد العقد للجهالة يتعين ذلك الزرع معقودا عليه وينتقل العقد إلى الجواز وينب الأجر المسمى إذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد اه كلامه . أقول : لا معنى لقوله إذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد ، فإن ما ذكر من انقلاب العقد إلى الجواز ووجوب الأجر المسمى إنما يتصور إذا كان زرعها قبل نقض القاضي العقد . وأما إذا لم يكن ذلك قبل نقضه العقد بل كان بعد ذلك فلا مجال للانقلاب إلى الجواز لأن المنقوض لا يعود إلا بالتجليد لإحالة ، والصواب أن يقال إذا لم يكن ذلك بعد نقض القاضي العقد ولعل لفظة قبل في قوله قبل نقض القاضي وقعت سهوا من الناسخ الأول بدل لفظة بعد ، ويدل عليه قوله فيما بعد وإن زرعها بعد نقض القاضي لا يعود جائزا (قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينتقل جائزا) قال صاحب العناية في حل قوله قبل تمام العقد : بنقض الحاكم ، وتبعمه الشارح العيني . أقول : لا يخفى على القطن أن جعل العقد تاما بنقض الحاكم مما لا تقبله الفطرة السليمة ، فإن العقد ينسخ من الأصل بنقض الحاكم إياه فكيف يتصور أن يتم به ، وتعام الشيء من آثاره بقاءه وانقضائه ، والحق أن المراد

إجماع الصغير يشتمل على زيادة فائدة هي قوله فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى (ومن استأجر حارا إلى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه ما يحمله الناس فهلك في نصف الطريق فلا ضمان عليه ، لأن الإجارة وإن كانت فاسدة فزال العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر) لأن حكم الفاسد إنما يوتخذ من الجائز ، إذ لا حكم للفاسد بنفسه لأنه مباشرة مأمور بنقضه فلا بد وأن يأخذ من الصحيح حكمه (فإن بلغ بغداد فله الأجر المسمى استحسانا كما مر في المسئلة الأولى) وهي قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد ، فإنه لما حمل عليه ما يحمله الناس من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المنقضية إلى الزرع فانقلب إلى الجواز ووجب المسمى (وإن اختصا قبل أن يحمل عليه وفي المسئلة الأولى قبل أن يزرع نقضت الإجارة دفعا للفساد لأنه قائم بعد) والله سبحانه وتعالى أعلم .

(قال المصنف : وفي القياس لا يجوز) أقول : قال الكاكي : أي لا يجوز العقد : أي لا يتقلب جائزا فيجب أبر المل للمسمى انتهى . وفي شرح الشاهدان : أي لا يجوز أن يكون له المسمى انتهى . فتأمل أنت (قال المصنف : وسار كما إذا أسقط الأجل للمجهول) أقول : قال في النهاية : بأن باع أو أجر إلى وقت الجسد والدياس ثم أسقط ذلك الأجل قبل أن يأخذ الناس بالخصاء انتهى . وفي شرح الشاهدان : والدياس انتهى .

(باب ضمان الأجير)

قال (الأجراء على ضريين : أجير مشترك ، وأجير خاص .

بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد على ما هو الشائع من حذف المضاف يدل عليه قوله في وضع المسئلة فإن زرعها ومضى الأجل : ويرشد إليه قول صاحب الكافي في التعليل : ولنا أن المعقود عليه صار معلوماً قبل مضي الأجل فيرتفع الفساد اهـ . هذا وقال في النهاية ومراج الدراية : فإن قيل : وإن ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال أن يزرع ما يضر بالأرض لجواز أن يكون ما زرعها مضرّاً بالأرض فتقع بينهما المنازعة بسبب ذلك . لأن الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك وقد تحقق ذلك . فكيف يتقلب إلى الجواز بتحقيق شيء احتمال فسد للعقد . ولأن المعقود عليه إذا كان مجهولاً لا يتعين إلا بتعيينهما صوتاً عن الإضرار بأحدهما ، ولا ينقرد أحدهما بالتعيين لما أُلحِق العقد قام بهما . فكذا يتعين المعقود عليه ينبغي أن يقوم بهما ، ثم الاستعمال تعيين من أحدهما فلا يصح ذلك . وهذا الإشكال هو الذي قاله صاحب الفوائد بقوله ولي في هذا التعليل إشكال هائل . ثم قال : قلنا الأصل لجارة العقد عند انتفاء المانع ، لأن عقود الإنسان تصح بقدر الإمكان ، والمانع الذي فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه ، وعند استيفاء أحد النوعين من المنافع يزول هذا التوقع فيجوز هذا العقد انتهى ما في النهاية ومراج الدراية . أقول : في الجواب بحث : لأن توقع المنازعة بينهما إنما يزول عند استيفاء أحد النوعين من المنافع إذا لم ينقرد أحدهما باستيفاء ذلك . وأما إذا انقرد أحدهما به فلا يزول ذلك أصلاً ، وهذا مما لاسترة به ، فالكلام الفيصل أنه إن اعتبر في وضع هذه المسئلة علم رب الأرض باستعمال المستأجر في الأرض ورضاه بما عمل فيها فلا يتجه الإشكال المذكور رأساً ، وإن لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جائزاً بمجرد استعمال المستأجر فيها ومضى الأجل ، سواء علم رب الأرض بذلك ورضى به أو لا ، فالإشكال المذكور وارد جداً غير منقطع بالجواب المزبور قطعاً ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(باب ضمان الأجير)

لما فرغ من ذكر أنواع الإجارة صحبها وفاسدها شرع في بيان الضمان لأنه من جملة العوارض التي تترتب على عقد الإجارة فتحتاج إلى بيانها ، كذا في غاية البيان ، ويقرب منه ما ذكر في مراجع الدراية فقال : لما ذكر أنواع الإجارة الصحيحة

(باب ضمان الأجير)

لما فرغ من بيان أنواع الإجارة شرع في بيان أحكام بعد الإجارة وهي الضمان وقال (الأجراء على ضريين الخ) الأجراء جمع أجير ، وهو على نوعين : أجير مشترك ، وأجير خاص ، والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى . قيل : وتعريف الأجير المشترك بقوله من لا يستحق الأجرة حتى يحمل أيضاً تعريف دورى ، لأنه لا يعمل من لا يستحقها قبل العمل

(باب ضمان الأجير)

(قوله شرع في بيان أحكام بعد الإجارة وهي الضمان) أقول : إطلاق الأحكام على الضمان إما باعتبار كثرة أفرادها ، أو المراد وهي الضمان وجوداً وعندما (قال المصنف : الأجراء على ضريين الخ) أقول : من قبيل تقسيم الكل إلى أجزائه (قوله وهو على نوعين) أقول : وإنما قال وهو على نوعين ، لأن الأجراء لو كانت على نوعين كان كل من المشترك والخاص كذلك ، ولزم تقسيم الشيء إلى نفسه وإلى غيره ، لكن اللام إذا دخلت الجمع ولا مبهود انصرف إلى الجنس ، هكذا قيل قوله كان كل من المشترك والخاص كذلك الخ ممنوع ، فإن القسم هو جميع الأجراء بحيث لا يخرج منه شيء إلا ما يطلق عليه لفظ الأجراء مطلقاً (قوله والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى) أقول : معنى لو قسم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضاً ، لأن لتقديم كل منهما على الآخر وبهما ، أما المشترك فلأنه بمنزلة العام بالنسبة إلى الخاص مع كثرة مباحه ، وأما الخاص فلأنه بمنزلة المفرد من المركب ، لكن تقديم المشترك هاهنا لأن الباب

فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار) لأن المقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعمامة ، لأن منافعه لم تنصر مستحقة لواحد ،

والفاسدة شرع في ضمان الأجير اه . وكل من هذين التقريرين جيد . وأما صاحب النهاية فقال : لما ذكر أبواب عقود الإجارة صحتها وفاسدتها سأقت التوبة إلى ذكر أحكام بعد عقد الإجارة وهي الضمان فذكرها في هذا الباب اه . ويقرب منه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال : لما فرغ من بيان أنواع الإجارة شرع في بيان أحكام بعد الإجارة وهي الضمان اه . ولا يخفى على ذي فطنة ما في تقريرهما من الركاكة حيث فسرا الجمع بالمفرد بقولهما وهي الضمان انتهى . فلان ضمير هي راجع إلى الأحكام ، ولا ريب أن الضمان حكم واحد لا أحكام . ولما ذاق بعض الفضلاء هذه البشاعة توجه إلى توجيه ذلك فقال : إطلاق الأحكام على الضمان إما باعتبار كثرة أفرادها أو المراد وهي الضمان وجودا وعلمها اه . أقول : توجيه الثاني ليس بوجيه ، لأن الضمان وجودا وعلمها أيضا لا يصلح تفسيراً للأحكام ، فإن أقل الجمع ثلاثة على القول الصحيح ، والضمان باعتبار وجوده وعلمه إنما يصير اثنين لا غير . ثم إن صاحب معراج الدراية قال : والأجير فعيل بمعنى مفاعل من باب أجر ، واسم الفاعل منه مؤجر لامواجر اه . أقول : فيه إشكال ، لأن قوله واسم الفاعل منه مؤجر لا مواجر يرى مناقضا لقوله والأجير فعيل بمعنى مفاعل من باب أجر ، إذ على تقدير أن يكون اسم الفاعل منه مؤجرا لا مواجرا يلزم أن يكون الأجير فعिला بمعنى مفعول لا بمعنى مفاعل ففأمل . ورد عليه الشارح العميق بوجه آخر حيث قال : قلت هذا غلط لأن فعिला بمعنى فاعل لا يكون إلا من الثلاثي ، وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب أجر : يعني به من المزيد بدليل قوله واسم الفاعل منه مؤجر اه . كلامه . أقول : بل اللفظ إنما هو في كلام نفسه ، فإن الفعيل بمعنى الفاعل كما يكون من الثلاثي يكون من المزيد أيضا ، وعن هذا قال المحقق الرضوي في شرح الكافية : وقد جاء فعيل بالمبالغة مفعول كقوله تعالى - عذاب ألم - أى مؤلم على رأى . وقال : وأما الفعيل بمعنى المفاعل كالجليس والحسيب فليس بالمبالغة فلا يعمل اتفاقا اه . وقال الإمام المطرزي في المغرب : وأما الأجير فهو مثل الجليس والتدبير في أنه فعيل بمعنى مفاعل اه . وهذا كله صريح في خلاف ما زعم فكانه لم يلق شيئا من العربية (قوله فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار) قال صاحب النهاية : والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى اه . يعني أن السؤال

حتى يعلم الأجير المشترك فيكون معرفة المعروف موقوفة على معرفة المعروف وهو الدور . وأجيب بأنه قد علم بماسبق في باب الأجر متى يستحق أن بعض الأجراء يستحق الأجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعروف . وقيل قوله من لا يستحق الأجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصلح عند عامة المحققين ، وإذا انضم إلى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريفه بالمثال وهو صحيح لكن قوله لأن المقود عليه يتأني ذلك لأن التعليل على التعريف غير صحيح ، وفي كونه مفردا لا يصلح التعريف به نظر . والحق أن يقال : إنه من التعريفات اللفظية . وقوله (لأن المقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعمامة لأن منافعه لم تنصر مستحقة لواحد) بيان لمناسبة التسمية ، وكأنه قال : من لا يستحق الأجرة حتى يعمل يسمى بالأجير المشترك

باب ضمان الأجير وذلك في المشترك ففأمل ، فلان بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كاللاختي وكان لابد منه (قوله وأجيب بأنه قد علم ما سبق الخ) أقول : رأيت غيري بأن قول المصنف لأن المقود عليه إنما هو العمل متكتل لدفع هذا السؤال فإنه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل بمن استوجب حل العمل وأثره فلا يلزم الدور ولا حاجة إلى الحواطة (قال المصنف : فالمشترك من لا يستحق الأجرة) أقول : ظاهره منقوض بالأجير المشترك إذا عجل له الأجر أو شرط التسجيل فيحتاج إلى نوع ثانية ، كأن يقال : لا يستحق الأجر بالنظر إلى كونه أجرا مع قطع النظر عن الأمور الخارجية (قال للمصنف : لأن المقود عليه إنما هو العمل) أقول : عنائي فيه إشارة إلى دفع السؤال بأن التعريف دورى ، فإن عدم استحقاق الأجر حتى يعمل يكون المقود عليه العمل ففأمل (قوله لأن التعليل على التعريف غير صحيح) أقول : يصح ذلك باعتبار الحكم الضمني (قوله وقوله لأن المقود عليه إذا كان العمل ، إل قوله : بيان لتنبيه التسمية) أقول : وعنني أنه تعليل الحكم الضمني المستفاد من التعريف ، وهو أن بعض الأجراء لا يستحق الأجرة قبل العمل ، لأن قضية

فن هذا الوجه يسمى مشتركا . قال (والمتاع أمانة في يده إن هلك لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهو قول زفر ، ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب كالخريق الغالب والعدو المكابر) لها ما روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك ، ولأن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل إلا به ، فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالودعة إذا كانت بأجر ، بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالنوت حتف أنفه والخرق الغالب وغيره لأنه لا تقصير من جهته . ولأبي حنيفة رحمه الله أن العين أمانة في يده ، لأن القبض حصل بإذنه . ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ، ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب ، والحفظ مستحق عليه تبعاً لامقصودا ولهذا لا يقابله الأجر ، بخلاف المودع بأجر لأن الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الأجر . قال (وما تلف بعمله ، فتخريق الثوب من دقة وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكارى الحمل

عن وجه التقديم يتوجه على تقدير العكس أيضا : أى على تقدير تقديم الخاص على المشترك فلا مرجع سوى الاختيار . وقال بعض الفضلاء : يعني لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا ، لأن تقديم كل منهما على الآخر وجهاً . أما المشترك فلا يميزه العام بالنسبة إلى الخاص مع كثرة مباحته . وأما الخاص فلا يميزه المفرد من المركب . لكن تقديم المشترك هاهنا لأن الباب باب ضمان الأجير وذلك في المشترك فتأمل . فإن بما ذكره الشارح العيني لم يظهر وجه اختيار تقديم

لأن المقود عليه الخ ، ويؤيده قوله (فن هذا الوجه يسمى مشتركا . والمتاع أمانة في يده إن هلك لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة وهو قول زفر ، ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب كالخريق الغالب والعدو المكابر . لها ما روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك ، ولأن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكن العمل إلا به) ولا حفظ (فإذا هلك المتاع بسبب كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقة ، وترك المستحق عليه تقصير من جهته فيوجب الضمان كالودعة إذا كانت بأجر) فإنها يقولان إنما تصور المسئلة في حافظ الأمانة بأجر فهلك الأمانة فإنه يضمن وإن كان العين عنده أمانة (بخلاف ما إذا لم يمكن الاحتراز عنه كالنوت حتف أنفه والخرق الغالب وغير ذلك لأنه لا تقصير من جهته . ولأبي حنيفة أن العين في يده أمانة لأن القبض حصل بإذنه ، ولهذا لو هلك في يده بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ، ولو كان العين في يده مضمونا لضمنه كما في المغصوب) فإن قيل : الاعتبار ليس بصحيح لأن ما نحن فيه الحفظ فيه مستحق وقد فات بما أمكنه التحرز فوجب الضمان والغصب ليس كذلك . أجاب بقوله (والحفظ مستحق عليه تبعاً لا مقصودا) وذلك لأن المقدر وارد على العمل لكنه أجيراً مشتركاً والحفظ ليس بمقصود أصلي بل لإقامة العمل فكان تبعاً (ولهذا لا يقابله الأجر) وإذا كان تبعاً ثبت ضرورة إقامة العمل لم يتعد إلى إيجاب الضمان (بخلاف المودع بأجر لأن الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الأجر) قال (وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقة الخ) وما تلف بعمل الأجير المشترك كتخريق الثوب من دقة وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكارى الحمل وغرق السفينة بفتح الرء من مدأ صاحبها مضمون عليه . وقال زفر والشافعي : لضمان عليه لأنه أمره بالفعل

عنه المعاصرة هي المساواة كما تقدم بيانه . ولو استحق من استوجب على العمل قبله تبطل المساواة ، هذا هو مراد المصنف : إلا أن المصنف فرغ على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل العامة لبيان تنسبية التسمية فليتأمل ، ثم قوله بيان تنسبية التسمية خبر لقوله لأن المقود عليه الخ (قوله ويؤيده قوله فن هذا الوجه يسمى مشتركا) أقول : لا يبعد أن يقال ذلك يؤيد خلافه لاستلزامه التكرار (قال المصنف : لها ما روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما) أقول : قال الزيلعي : ويقولها يقى اليوم لتغير أحوال الناس وبه يحصل سيادة أموالهم انتهى . وفي النهاية : روى عن عمر وعلى رضي الله تعالى عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك ما ضاع في يده . ومن على رضي الله عنه أنه كان

وغرق السفينة من مده مضمون عليه . وقال زفر والشافعي رحمهما الله : لا ضمان عليه لأنه أمره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعه المعيب والسليم وصار كأجير الواحد ومعين القصار .

المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه ، إلى هنا كلامه . أقول : ما ذكره بقوله لكن تقديم المشترك هنا الخ ليس بنام . أما أولا فلا ن معنى باب ضمان الأجير باب ضمان الأجير لإثباتا ونفيا كما أشار إليه نفسه أيضا فيما قبل بقوله أو المراد وحى الضمان وجودا وعدمه وإلا : أى وإن لم يكن معناه ذلك بل كان معناه باب لإثبات الضمان لزم أن لا يصح عنوان الباب على قول أبى حنيفة أصلا ، إذ لا ضمان عنده على أحد من الأجير المشترك والأجير الخاص ، وأن لا يصح ذلك عندهما أيضا إلا فى بعض صور من مسائل الأجير المشترك وحده كما ستحيط به خيرا ، وهذا بما لا ينبغي أن يرتكب ، فإذا كان معنى عنوان الباب ما يتم لإثبات الضمان ونفيه كان نسبته إلى المشترك والخاص على السواء فلم يتم قوله وذلك فى المشترك . وأما ثانيا فلا ن الطرفين إذا كانا متساويين لم يمتج هناك إلى وجه يرجع اختيار أحد الطرفين ، بل لم يتصور هناك ذلك ، وإنما يكون مرجح أحد الطرفين هناك نفس الاختيار لا غير كما أشرنا إليه فى تقريره . راد صاحب العناية . وقد تقرر فى العلوم العقلية أن ترجيح أحد المتساويين بالاخبار جائز ، وإنما المحال ترجيح أحدهما من غير . جع فظهر أن قوله فإن بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك مما لا يضر بنام ما ذكره . وقوله وكان لا بد منه مما لا محالة . نعم يمكن منع تساوى الطرفين فيما نحن فيه . لكنه أمر آخر متاخر لما قاله فتدبر . وقال صاحب النهاية : فإن قلت : هذا يعنى تعريف الأجير المشترك بقوله من لا يستحق الأجرة حتى يعمل تعريف يقول عاقبة إلى الدور ، لأن هذا حكم لا يعرفه إلا من يعرف الأجير المشترك ، ثم لو كان عارفا بالأجير المشترك لم يحتاج إلى هذا التعريف ، ولولم يكن عارفا به قبل هذا لا يحصل له تعريف الأجير المشترك لأنه يحتاج إلى السؤال عن لا يستحق الأجرة حتى يعمل بمن هو ، فلا بد المعروف أن يقول هو الأجير المشترك وهو عين الدور . قلت : نعم كذلك ، إلا أن هذا تعريف للخصى بما هو أشهر منه فى فهم المتعلمين ، أو هو تعريف لما لم يذكره بما قد سبق ذكره لأنه ذكر قبل هذا استحقاق الأجير بالعمل بقوله أو باستيفاء المقود عليه فى باب الأجر متى يستحق فصار كأنه قال : وما عرفته أن الأجير الذى يستحق الأجر باستيفاء المقود عليه فهو الأجير المشترك ، إلى هنا كلامه . أقول : فى الجواب خلل . أما أولا فلا ن قوله فى أول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور وما يستلزم الدور يتعين فساده ولا يمكن إصلاحه ، فما معنى قوله بعد ذلك إلا أن هذا تعريف للخصى الخ . وأما ثانيا فلا ن كون الأجير المشترك خفيا ، وما ذكر فى التعريف أشهر منه ممنوع ، كيف ولو كان كذلك لما صح الجواب إذا سئل عن لا يستحق الأجرة حتى يعمل بمن هو بأنه هو الأجير المشترك . وأما ثالثا فلا ن المذكور فى باب الأجر متى يستحق بقوله أو باستيفاء المقود عليه غير مختص بالأجير المشترك بل هو حكم مشترك بين الأجير المشترك والأجير الخاص فإنهم حصروا هناك سبب استحقاق الأجير مطلقا للأجرة فى معان ثلاثة هى : شرط التحصيل ، والتسجيل من غير شرط ، واستيفاء المقود عليه ، ولو كان هذا المعنى الثالث مختصا بالأجير المشترك لزم أن لا يستحق الأجير الخاص الأجرة أصلا فيما إذا لم يشترط التحصيل ولم يجعل وهو ظاهر البطلان . وإذا كان المذكور فيما سبق بقوله أو باستيفاء المقود عليه حكما عاما للأجير الخاص أيضا فكيف يصح أن يقال فى توجيه معنى تعريف الأجير المشترك هاهنا بما ذكر فصار كأنه قال : وما عرفته أن الأجير الذى يستحق الأجر باستيفاء المقود عليه فهو الأجير المشترك . ثم إن صاحب العناية ذكر خلاصة السؤال والجواب المذكورين فى النهاية بعبارة أخرى حيث

مطلقا إذا استأجره ليدق الثوب ولم يزد على ذلك ما يبدل على السلامة ، والمطلق يقتضيه بنوعه السلم والمعيب عملا بالإطلاق

لا يضمن القصار والنافع ونحوهما ، ولأجل اختلاف الصحابة اختار للتأخير القنوى بالصالح على التصف عملا بأقوال الصحابة رضى الله تعالى عنهم بقدر الإسكان ، انتهى كلام صاحب الأهلية . قال ابن البرزلى : معناه عمل فى كل نهف ، يقول حيث سئل التصف وأوجب التصف انتهى . فكانه أراد بالصالح مجازة وهو الخط . وفى فتاوى قاضى خان : القنوى على قول أبى حنيفة رحمه الله .

قال : قيل وتعريف الأجير المشترك بقوله من لا يستحق الأجرة حتى يعمل أيضا تعريف دورى ، لأنه لا يعلم من لا يستحق قبل العمل حتى يعمل الأجير المشترك فتكون معرفة المرفوف موقوفة على معرفة المرفوف وهو الدور . وأجيب بأنه قد علم مما سبق في باب الأجير متى يستحق أن بعض الأجراء يستحق الأجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المرفوف اه . أقول : أصلح الجواب في الجملة كما ترى ، ولكن فيه أيضا غلط ، لأنه إن أراد بما علم مما سبق في ذلك الباب ما ذكر هناك بقوله أو باستيفاء المقود عليه كما صرح به في النهاية . يرد عليه ما ذكرناه فيما مر آتيا من أن ذلك الحكم عام للأجير الخاص أيضا فكيف يتم تعريف الأجير المشترك بذلك ، وإن أراد به ما ذكره هناك بقوله وليس للقصار والخياط أن يطالب بالأجرة حتى يفرغ من العمل كما يشعر به قوله في تقرير هذا الجواب : قد علم مما سبق أن بعض الأجراء يستحق الأجرة بالعمل حيث زاد فيه البعض ينتجه عليه أن المعلوم من ذلك حكم مادة مخصوصة فكيف يحصل بذلك معرفة مطلق من لا يستحق الأجرة حتى يعمل حتى يصلح تعريفه لمطلق الأجير المشترك فتأمل . وقال بعض الفضلاء : وأنت خير بأن قول المصنف لأن المقود عليه إنما هو العمل أو أثره متكفل لدفع هذا السؤال ، فإنه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل بمن استوجر على العمل أو أثره فلا يلزم الدور ، ولا حاجة إلى الحوالة انتهى كلامه . أقول : ليس هذا بشئ لأن تعريف الأجير المشترك بمن لا يستحق الأجرة حتى يعمل مما اختاره القدورى ، وذكره في مختصره ولم يذكر معه شيئا آخر يحصل به معرفة من لا يستحقها حتى يعمل ، والمصنف أيضا ذكره وحده في البداية ، وإنما زاد عليه التعليل المذكور في الهداية ، والسؤال المزبور إنما ينتجه على من اكتفى بالتعريف المذكور من غير أن يذكر معه ما يفيد معرفته . وزيادة المصنف شيئا يفيد معرفته ، كيف تصلح كلام من لم يزد ومات قبل ولادة المصنف بسنين كثيرة ، وإذا لم يذكر معه شيء يحصل به معرفته ، فلما أن تحتاج معرفته إلى معرفة الأجير المشترك الذى هو المرفوف فيلزم الدور أو لاحتياج إليها بل حصلت بما هو معلوم ومعهود فيما سبق فلا بد في الجواب من الحوالة عليه فلم يتم قوله فلا يلزم الدور ولا حاجة إلى الحوالة ، نعم تمام الحوالة غير مسلم عندنا كما قررنا فيما قبل ولكن كلام آخر . ثم قال ذلك البعض من الفضلاء : ظاهر قوله فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل منقوض بالأجير المشترك إذا عجل له الأجر أو شرط التعجيل فيحتاج إلى نوع عناية ، كأن يقال : لا يستحق الأجر بالنظر إلى كونه أجيرا مع قطع النظر عن الأمور الخارجة انتهى . أقول : إنما يتوهم الانتقاض بذلك ويحتاج إلى نوع عناية في دفعه لو كان معنى قوله المذكور المشترك من لا يستحق الأجرة قبل أن يعمل . وأما إذا كان معناه المشترك من لا يستحقها بدون العمل أصلا كما يستحقها الأجير الخاص بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل أصلا على ما سيجيء فلا انتقاض بذلك أصلا لأن الأجير المشترك إذا لم يقع منه العمل أصلا لا يستحق الأجرة ، حتى لو كان أخذها بطريق التعجيل يازمه ردها على المستاجر ، وكان الإمام الربيعي تدارك هذا المعنى حيث قال في شرح قول صاحب الكنز ولا يستحق الأجر حتى يعمل : يعنى الأجير المشترك لا يستحق الأجرة إلا إذا عمل انتهى فقصر . ثم إن صاحب العناية قال : وقيل قوله من لا يستحق الأجرة حتى يعمل مفرد . والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين ، وإذا انضم إلى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح ، ولكن قوله لأن المقود عليه ينافي ذلك لأن التعليل على التعريف غير صحيح . وقال : وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر . والحق أن يقال إنه من التعريفات اللفظية ، وقوله لأن المقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لأن منافعه لم تنصر مستحقة لواحد يان لمناسبة التسمية ، وكأنه قال : من لا يستحق الأجرة حتى يعمل يسمى بالأجير المشترك ، لأن المقود عليه الخ ، ويؤيده قوله فن هذا الوجه يسمى مشتركا ، إلى هنا كلامه . وقال بعض الفضلاء : وعندى أنه يعنى قوله لأن المقود عليه الخ تعليل للحكم الضمى المستفاد من التعريف ، وهو أن بعض الأجراء لا يستحق الأجرة قبل العمل ، لأن قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ، ولو استحق من استوجر على العمل قبله

ولنا أن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لأنه هو الوسيلة إلى الأثر وهو المقود عليه حقيقة ، حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن المقصد مأذونا فيه ،

تبطل المساواة ، هذا هو مراد المصنف ، إلا أن المصنف فرّع على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليتأمل ، إلى هنا كلامه . أقول : مدار استخراج ذلك البيض ورأيه في هذا المقام على أن تكون عبارة المصنف هاهنا لأن المقود عليه إنما هو العمل أو أثره فكان له أن يعمل للعامة وليست كذلك ، بل عبارته هاهنا لأن المقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة ، ولا شك أن قوله كان له أن يعمل للعامة ليس بكلام مستقل بل هو جزء للشرط المذكور فيها قبله ، ومجموع الشرط والجزاء داخل في التعليل غير متحمل لغير بيان مناسبة التسمية ، فالخروج ما قاله صاحب العناية ، على أنه لو كانت عبارة المصنف ما زعمه ذلك القائل وكان قوله لأن المقود عليه إنما هو العمل أو أثره تعليلا لما يوجب إليه ذلك القائل على ما قرره ذلك القائل لما صح تفريع المصنف قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل ، لأن مدار ذلك التعليل على ما قرره ذلك القائل أن تكون قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ، ولا ريب أن هذه القضية كما تتحقق فيما إذا كان الأجير مشتركا تتحقق فيما إذا كان الأجير خاصا أيضا ، فلو صح تفريع قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم جواز أن يعمل الأجير الخاص أيضا للعامة ، وليس كذلك قطعاً (قوله ولنا أن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح ، لأنه هو الوسيلة إلى الأثر وهو المقود عليه حقيقة ، حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن المقصد مأذونا فيه) أقول : في تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المصنف قصور ، لأن كون العمل وسيلة إلى الأثر إنما يتصور في صورة تخريق الثوب من دقة من صور مستثناة هذه دون الصور الثلاث الباقية منها إذا قد مر في أوامر عراب الأجر متى يستحق أن كل صانع لعمله أثر في العين كالتقصير والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الأجر ، لأن المقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفائه البذل كما في البيع ، وكل صانع ليس لعمله أثر في العين ليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال والملاح ، لأن المقود عليه نفس العمل وهو عين قائم في العين فلا يتصور حبسه انتهى . فقد تلخص منه أن العمل على نوعين : نوع له أثر في العين كعمل الصباغ والتقصير . ونوع ليس له أثر في العين كعمل الحمال والملاح . وأن المقود عليه في النوع الأول هو الأثر وهو الوصف القائم في الثوب ، والمقود عليه في النوع الثاني نفس العمل لا غير . ولا شك أن هاتيك الصور الثلاث فيما نحن فيه من مسائل الحمال والملاح ، وإذا لم يكن لعمل الصانع فيما أثر في العين فكيف يتصور أن يكون له وسيلة إلى الأثر ، وكيف يصح أن يقال فيها الأثر هو المقود عليه حقيقة ، وقد صرح فيما مر بأن المقود عليه هناك نفس العمل ، وكذا قوله حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر ليس بمستقيم على إطلاقه ، إذ قد مر أيضا في الباب المزبور أنه إذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره ، لأن المقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عنه كالمفوضة في محل بعينه انتهى . نعم إذا أطلق العمل فله أن

تقصير كالأجير الواحد ومعين القصير . ولنا أن الداخل تحت الإذن : أي الأمر ما هو الداخل تحت العقد ، لأن الأمر إما بالعقد أو لازم من لوازمه ، والداخل تحت العقد هو العمل المصلح لأنه هو الوسيلة إلى الأثر الحاصل في العين من فعله الذي هو المقود عليه في الحقيقة لكونه هو المقصود ، حتى لو حصل ذلك بفعل الغير يجب الأجر ، وإذا كان كذلك كان الأمر مقبداً بالسلامة فلم يكن المقصد مأموراً به ، بخلاف معين القصير لأنه متبرع فلا يمكن تقييد عمله بالمصلحة لأنه يتمتع عن التبرع ، وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده ، والمثلزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له ، ولو

(قوله لأنه هو الوسيلة إلى الأثر الحاصل في العين من فعله الذي هو المقود عليه) أقول : قوله الذي صفة للأثر (قوله لأنه يتمتع من التبرع) وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده ، والمثلزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له)

بِخِلَافِ الْمُعِينِ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ فَلَا يُمْكِنُ تَقْيِيدُهُ بِالْمَصْلَحِ لِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ عَنِ التَّبَرُّعِ ، وَفِيَا نَحْنُ فِيهِ يَعْمَلُ بِالْأَجْرِ فَامْكِنُ تَقْيِيدَهُ ، وَبِخِلَافِ أَجِيرِ الْوَحْدِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَانْقِطَاعِ الْحِجْلِ مِنْ قِلَّةِ اهْتِمَائِهِ فَكَانَ مِنْ صَنِيعِهِ قَالَ (إِلَّا أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ بِهِ بَنِي آدَمَ مِمَّنْ غَرِقَ فِي السَّفِينَةِ أَوْ سَقَطَ مِنَ الدَّابَّةِ وَإِنْ كَانَ بِسَوْقِهِ وَقُودُهُ) لِأَنَّ الْوَاجِبَ ضِمَانُ الْآدَمِيِّ ، وَأَنَّهُ لَا يَجِبُ بِالْعَقْدِ ، وَإِنَّمَا يَجِبُ بِالْجُنَايَةِ وَلِهَذَا يَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، وَضِمَانُ الْعُقُودِ

يَسْتَأْجِرُ مَنْ يَعْمَلُهُ كَمَا مَرَّ هُنَاكَ أَيْضًا فَكَانَ الدَّلِيلُ خَاصًا وَالْمَدْعَى عَامًا . وَالْأَوَّلَى فِي التَّعْلِيلِ هَاهُنَا مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْكَافِي حَيْثُ قَالَ : لِأَنَّ الدَّخَالَ تَحْتَ الْإِذْنِ مَا هُوَ الدَّخَالُ تَحْتَ الْعَقْدِ وَهُوَ الْعَمَلُ الْمَصْلُحُ : لِأَنَّ الْإِذْنَ إِنَّمَا يَثْبِتُ ضِمْنَ الْعَقْدِ وَالْعَقْدُ انْتَقَدَ عَلَى التَّسْلِيمِ لِأَنَّ مَطْلَقَ عَقْدِ الْمَوَاضَعَةِ يَقْتَضِي سَلَامَةَ الْعُقُودِ عَلَيْهِ عَنِ الْمَيُوبِ كَمَا مَرَّ فِي الْبَيُوعِ . فَلِذَا ثَبِتَ أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْعَمَلُ السَّلِيمُ ثَبِتَ أَنَّ الْمُسَدَّ غَيْرَ مَعْقُودٍ عَلَيْهِ فَلَا يَكُونُ مَا ذُكِرْنَا فِيهِ . كَمَا لَوْ وَصَفَ نَوْعًا مِنَ الدَّقِّ فَجَاءَ بَنُوعٍ آخَرَ أَه . (قَوْلُهُ بِخِلَافِ الْمُعِينِ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ فَلَا يُمْكِنُ تَقْيِيدُهُ بِالْمَصْلَحِ لِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ عَنِ التَّبَرُّعِ وَفِيَا نَحْنُ فِيهِ يَعْمَلُ بِالْأَجْرِ فَامْكِنُ تَقْيِيدَهُ) قَالَ صَاحِبُ الْعِنَايَةِ : وَالْمُزْمُ أَنْ يَلْزِمَ جَوَازَ الْامْتِنَاعِ عَنِ التَّبَرُّعِ فَيَا يَحْصُلُ بِهِ الْمَضَرَّةُ لَغَيْرٍ مِنْ تَبَرُّعٍ لَهُ أَه . وَقَصِدَ بَعْضُ الْفَضْلَاءِ دَفْعَ ذَلِكَ فَقَالَ : الْحَكْمُ يَدَارُ عَلَى دَلِيلِهِ وَإِنْ كَانَتْ الْحِكْمَةُ أَخْصَصَ كَمَا سَبَقَ نَظَرُهُ فِي الْإِيمَانِ فَقَوْلُهُ لِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ عَنِ التَّبَرُّعِ بَيَانُ لِحِكْمَةِ عَدَمِ التَّضْمِينِ أَه . أَوَّلُ : هَذَا لَا يَنْبَغِي شَيْئًا لِأَنَّ صَاحِبَ الْعِنَايَةِ لَمْ يَنْفِ لَزُومَ الْامْتِنَاعِ عَنِ التَّبَرُّعِ فِي صُورَةِ حَصُولِ الْمَضَرَّةِ لَغَيْرٍ مِنْ تَبَرُّعٍ لَهُ . بَلْ أَرَادَ مَنَعَ بَطْلَانِ ذَلِكَ لِلْإِجْرَاءِ بِنَاءً عَلَى التَّزَامِ جَوَازِ ذَلِكَ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ غَيْرِ الْمُتَبَرِّعِ لَمْ فَلَا فَائِدَةَ هَاهُنَا لِلْحَدِيثِ جَوَازِ كَوْنِ الْحِكْمَةِ أَخْصَصَ ، عَلَى أَنَّ لَصَاحِبَ الْعِنَايَةِ أَنْ يَقُولَ لَا يَصْلُحُ قَوْلُهُ لِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ عَنِ التَّبَرُّعِ بَيَانًا لِحِكْمَةِ عَدَمِ التَّضْمِينِ أَيْضًا . فَلِذَا إِذَا جَازَ التَّزَامُ امْتِنَاعُهُ عَنْ ذَلِكَ بِنَاءً عَلَى دَفْعِ الضَّرَرِ عَنْ الْغَيْرِ لَمْ تَظْهَرْ حِكْمَةُ عَدَمِ التَّضْمِينِ . بَلْ كَانَ الظَّاهِرُ حِينَئِذٍ هُوَ التَّضْمِينُ كَمَا لَا يَحْتَقِرُ . ثُمَّ قَالَ صَاحِبُ الْعِنَايَةِ : وَلَوْ عَلِلَ بِأَنَّ التَّبَرُّعَ بِالْعَمَلِ بِمَنْزِلَةِ الْمِثْلَةِ وَهِيَ لَا تَقْتَضِي السَّلَامَةَ كَانَ أَسْلَمَ أَه . أَوَّلُ : وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ : هُنَا أَيْضًا كَوْنُ التَّبَرُّعِ بِالْعَمَلِ بِمَنْزِلَةِ الْمِثْلَةِ بِالنَّظَرِ إِلَى مَنْ تَبَرَّعَ لَهُ لَا يَقْتَضِي جَوَازَ ذَلِكَ إِذَا تَضَمَّنَ ضَرَرًا لَغَيْرٍ مِنْ تَبَرُّعٍ لَهُ ، أَلَا يَرَى أَنَّهُ إِذَا أَخَذَ أَحَدُ مَلَكَ الْآخَرَ وَتَبَرَّعَ بِهِ لَغَيْرِهِ بِطَرِيقِ الْمِثْلَةِ فَلَا شَكَّ أَنَّهُ يَلْزِمُ الضَّمَانَ فَلَمْ يَلْزِمْهُ الضَّمَانُ إِذَا عَمِلَ فِي مَلَكَ الْمُسْتَأْجِرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَتَبَرَّعَ بِالْعَمَلِ لِلْأَجِيرِ قُتِلَ بِعَمَلِهِ مَلَكَ الْمُسْتَأْجِرَ فَلْيَتَأَمَّلْ (قَوْلُهُ وَانْقِطَاعِ الْحِجْلِ مِنْ قِلَّةِ اهْتِمَائِهِ فَكَانَ مِنْ صَنِيعِهِ) هَذَا جَوَابُ عَمَّا عَصَى أَنْ يَقَالَ : انْقِطَاعُ الْحِجْلِ لَيْسَ مِنْ صَنِيعِ الْأَجِيرِ فَا وَجْهُ ذِكْرِهِ مِنْ جُمْلَةِ مَا تَلَفَ بِعَمَلِهِ ؟ فَأَجَابَ بِأَنَّهُ مِنْ قِلَّةِ اهْتِمَائِهِ فَكَانَ مِنْ صَنِيعِهِ ، كُلُّهُ فِي الْعِنَايَةِ وَغَيْرِهَا . أَوَّلُ : لِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ : يَشْكَلُ هَذَا عَلَى مَا مَرَّ مِنْ أَنَّ الْأَجِيرَ الْمُشْرَكَ لَا يَضْمَنُ مَا هَلَكَ فِي يَدِهِ عِنْدَ أَيْ حَنِيفَةٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَإِنْ كَانَ الْهَلَاكُ بِسَبَبِ الْإِحْتِرَازِ عَنْهُ كَالْفَصْبِ وَالسَّرِقَةِ فَلِذَا يَجُوزُ أَنْ يَقَالَ هُنَاكَ أَيْضًا : إِنْ هَلَكَ مِنْ قِلَّةِ اهْتِمَائِهِ حَيْثُ لَمْ يَحْتَرِزْ عَمَّا يُمْكِنُ الْإِحْتِرَازُ عَنْهُ فَكَانَ مِنْ صَنِيعِهِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَضْمَنَ بِالِاتِّفَاقِ . ثُمَّ أَوَّلُ : يُمْكِنُ الْفَرَقُ بِأَنَّ التَّضْمِينَ هُنَاكَ فِي الْحِفْظِ وَهُوَ مُسْتَقْتَضٍ عَلَيْهِ تَبَعًا لِمَقْصُودِ كَمَا مَرَّ فَلَا اعْتِبَارَ لَهُ ، وَأَمَّا هَاهُنَا فَالتَّضْمِينُ فِي نَفْسِ الْعَمَلِ الَّذِي هُوَ مُسْتَقْتَضٍ عَلَيْهِ مَقْصُودًا فَلَهُ اعْتِبَارٌ وَحَكْمٌ (قَوْلُهُ لِأَنَّ الْوَاجِبَ ضِمَانُ الْآدَمِيِّ وَأَنَّهُ لَا يَجِبُ بِالْعَقْدِ وَإِنَّمَا يَجِبُ بِالْجُنَايَةِ) قَالَ فِي الْكُفَايَةِ : لَا يَقَالُ إِنَّ ضِمَانَ بَنِي آدَمَ يَجِبُ بِالتَّسْبِيبِ وَقَدْ وَجَدَ ، لِأَنَّ الْمُسَبِّبَ إِنَّمَا يَضْمَنُ إِذَا تَعَدَّى وَكَلَامُنَا فِيَا إِذَا لَمْ يَوْجَدْ التَّعَدَّى أَه . أَوَّلُ : فِيهِ بَحْثٌ ، وَهُوَ أَنَّهُ كَيْفَ يَكُونُ كَلَامُنَا فِيَا إِذَا لَمْ يَوْجَدْ التَّعَدَّى وَقَدْ وَجِبَ

عَلَى أَنَّ التَّبَرُّعَ بِالْعَمَلِ بِمَنْزِلَةِ الْمِثْلَةِ وَهِيَ لَا تَقْتَضِي السَّلَامَةَ كَانَ أَسْلَمَ ، وَبِخِلَافِ الْأَجِيرِ الْوَحْدِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ . وَقَوْلُهُ (وَانْقِطَاعِ الْحِجْلِ) جَوَابُ عَمَّا عَصَى أَنْ يَقَالَ : انْقِطَاعُ الْحِجْلِ لَيْسَ مِنْ صَنِيعِ الْأَجِيرِ فَا وَجْهُ ذِكْرِهِ مِنْ جُمْلَةِ مَا تَلَفَ بِعَمَلِهِ فَلِذَا مِنْ قِلَّةِ اهْتِمَائِهِ فَكَانَ مِنْ صَنِيعِهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ بِهِ) أَيْ بِفَعْلِهِ (بَنِي آدَمَ مِمَّنْ غَرِقَ فِي السَّفِينَةِ أَوْ سَقَطَ مِنَ الدَّابَّةِ وَإِنْ كَانَ بِسَوْقِهِ وَقُودُهُ ، لِأَنَّ الْوَاجِبَ ضِمَانُ الْآدَمِيِّ وَضِمَانُ الْآدَمِيِّ لَا يَجِبُ بِالْعَقْدِ إِنَّمَا يَجِبُ بِالْجُنَايَةِ وَلِهَذَا يَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ وَالْعَاقِلَةُ لَا تَحْتَمِلُ ضِمَانَ الْعُقُودِ

أَوَّلُ : الْحَكْمُ يَدَارُ عَلَى دَلِيلِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ الْحِكْمَةُ أَخْصَصَ كَمَا سَبَقَ نَظَرُهُ فِي الْإِيمَانِ ، فَقَوْلُهُ لِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ عَنِ التَّبَرُّعِ بَيَانُ لِحِكْمَةِ عَدَمِ التَّضْمِينِ (قَوْلُهُ وَهِيَ لَا تَقْتَضِي السَّلَامَةَ) أَوَّلُ : قَالَ اللَّهُ تَعَالَى - مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ -

لا تتحمله العاقلة . قال (وإذا استأجر من يحمل له دنا من القنات فوقع في بعض الطريق فانكسر ، فإن شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الأجر بحسابه) أما الضمان فلما قلنا ، والسقوط بالعتار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه ، وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه . وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بإذنه فلم يكن تعديا وإنما صار تعديا عند الكسر فيميل إلى أي الوجهين شاء . وفي الوجه الثاني له الأجر بقدر ما استوفى ، وفي الوجه الأول لا أجر له لأنه ما استوفى أصلا . قال (وإذا قصد القصد أو بزغ البراغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك . وفي الجامع الصغير : يطار بزغ دابة بداني فنفتت أو حجام حجام عيدا بأمر مولاه فأت فلا ضمان عليه) وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان . ووجهه أنه لا يمكنه التحرز عن السراية

على الأجير المشترك في مسئلتنا هذه ضمان المتاع المالك بعمله عند أتمتنا الثلاثة ، ولولا التعدى لما ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله فإن الأصل عنده أن المتاع أمانة في يد الأجير إن هلك لم يضمن شيئا كما مر . ووجه التعدى فيما نحن فيه على ما فهم من الدليل المذكور من قبل أتمتنا هو مخالفة الأجير لإذن المستأجر حيث أتى بالعمل المقدس ، مع أن الداخل تحت إذنه إنما هو العمل المصلح ، وسيجيء من المصنف التصريح بوقوع التعدى في المسئلة الآتية وهو نظير ما نحن فيه في الأحكام (قوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان) لأنه ذكر في مسئلة القدوري عدم التجاوز عن الموضع المعتاد حتى أنه إذا تجاوز يجب الضمان وذكر في مسئلة الجامع الصغير الأجرة وحجامة العبد بأمر المولى ، حتى أنه إذا لم يكن بأمره يجب الضمان فيجعل المذكور في إحداها مذكورا في الأخرى ، كذا في النهاية ومعراج الدراية . وأحسن من ذلك في البيان عبارة الكفاية فإنه قال فيها : لأن رواية المختصر ناطقة

ومن استأجر من يحمل له دنا من القنات فوقع في بعض الطريق فانكسر فإن شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الأجر بحسابه) وإنما وضع المسئلة في القنات لأن الدنان كانت تباع هناك (أما الضمان فلما قلنا) إنه أجير مشترك وقد تلف المتاع بصنيعه كما في تخريق التوب بالدق (فإن السقوط بالعتار في الطريق أو بانقطاع الحبل ، وقد تقدم أن كل ذلك من صنيعه) ولم يدخل تحت العقد (وأما الخيار) مع أن القياس يقتضي أن لا يمتنع عند أبي حنيفة بل يضممه قيمته في المكان الذي انكسر . لأن المال عنده أمانة في يد الأجير المشترك ، وإذا كان أمانة وجب أن لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه (فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه . ومن حيث أن ابتداء الحمل حصل بإذنه لم يكن تعديا ، وإنما التعدى عند الكسر فيختار أي الوجهين شاء فإن اختار الوجه الثاني فله الأجر بقدر ما استوفى من العمل ، وإن اختار الوجه الأول فلا أجر له لأنه ما استوفى أصلا ، وإذا قصد القصد أو بزغ البراغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك . وفي الجامع الصغير يطار بزغ البغ) وإنما أعاد روايته لنوع بيان ليس في رواية القدوري ، وكل منهما يشتمل على نوع من البيان ، أما في القدوري فلأنه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ، ويفيد أنها إذا تجاوز ضمن . وأما في الجامع الصغير فلأنه بين الأجرة وكون الحجامة بأمر المولى والملاك ، ويفيد أنها إذا لم تكن بأمره ضمن . ووجه ذلك أن الملاك ليس بمقارن ، وإنما هو بالنسبة بعد تسليم العمل

(قوله فلأنه إذا انكسر في الطريق البغ) أقول : لتبليغ لقوله وأما الخيار مع أن القياس البغ (قوله وأما في الجامع ، إلى قوله : والملاك) أقول : فيه بحث (قوله ويفيد أنها إذا لم تكن بأمره ضمن) أقول : لأن التخصيص بالذكر في الروايات يفيد أن الحكم مما جاء به (قوله ووجه ذلك أن الملاك ليس بمقارن) أقول : لا يخفى عليك أن انتفاء المقارنة لا يعترف عليه تمام الدليل ، وإنما ذكره لزيادة التبريض فتأمل .

لأنه يبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلحة من العمل ، ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه ، لأن قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد . قال (والأجبر الخاص الذى يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرحى الغنم) وإنما صي

بعدم التجاوز ساكتة عن الإذن ، ورواية الجامع الصغير ناطقة بالإذن ساكتة عن التجاوز ، فصار ما نطق به رواية المختصر يائنا لما سكت عنه رواية الجامع الصغير ، وما نطق به رواية الجامع الصغير يائنا لما سكت عنه رواية المختصر . فيستفاد بمجموع الروایتين اشتراط عدم التجاوز والإذن لعدم وجوب الضمان ، حتى إذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان اه . وأما صاحب العناية فقال وكل منهما يشتمل على نوع من البيان . أما في القدرورى فلائنه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ، ويفيد أنه إذا تجاوز ضمن ، وأما في الجامع الصغير فلائنه بين الأجرة وكون الحجابة بأمر المولى والملاك ، ويفيد أنها إذا لم تكن بأمره ضمن اه كلامه . أقول : في بيانه خلل ، فإنه جعل الملاك أيضا من البيان الذى في عبارة الجامع الصغير ، وليس بسديد إذ لا شك أن مراد المصنف بقوله وفى كل واحد من العبارتين نوع بيان أن في كل واحد منهما نوعان من البيان مخصوصا به والملاك مذكور فى كل واحد منهما غير مخصوص بأحدهما ، فإنه قال فى مختصر القدرورى : فبما عطف من ذلك ، وقال فى الجامع الصغير : ففقت وفى كل واحد منهما معنى الملاك ، بل ما فى مختصر القدرورى صرح فى ذلك بما فى الجامع الصغير ، فإن أهل اللغة فسروا عطف بهلك ونفق بات (قوله والأجبر الخاص الذى يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل) قال صاحب العناية : وقد ذكرنا ما يرد على الأجبر المشترك . والجواب عنه فعليك بمثله هاهنا اه . أقول : لا يذهب على الفضل أن مثل الجواب المذكور هناك عن الإيراد على تعريف الأجبر المشترك بأنه تعريف دورى لا يمتشى هاهنا ، يظهر ذلك بأدنى وجه وتدبر فكان صاحب النهاية تدارك هذا حيث قل : وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة انتهى . ولم يتعرض للجواب ، لكن في تحريره أيضا ركاسة ، لأن المذكور فيما تقدم تعريف الأجبر المشترك وما ورد فيه من الشبهة لا تعريف الأجبر الخاص وما ورد فيه

والتحرز عنها غير ممكن لأنه أى السراية يبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم ، وما هو كذلك مجهول ، والاحتراز عن المجهول غير متصور فلم يمكن التقييد بالمصلحة من العمل لتلايقاع الناس عنه مع ساس الحاجة ، ولا كذلك دق الثوب ونحوه لأن الملاك مقارن بالحق قبل أن يخرج العمل من ضمان القصور ، والتحرز عنه ممكن لأن قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد . فإن قيل : قد علم من رواية الكتابين أن الحجام إذا حجج العبد بإذن مولاه وتجاوز المعتاد وجب عليه الضمان لكن لم يعلم منها قدر الضمان على تقدير الحياة والموت . أجب بآن ذلك بحسب قدر التجاوز حتى أن المختار إذا ختن فقطع الحشفة فإن برئ فعليه ضمان كمال الدية ، وإن مات فعليه نصف بدل نفسه . فإن قيل : هذا يخالف لجميع مسائل الديات فإنه كلما ازداد أثر جنايته انتقص ضمانه . أجب بآن محمدا قال فى النوادر : إنه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهى عضو مقصود لا تانى له فى النفس فيقتدر بدله بدل النفس كما فى قطع اللسان . وأما إذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلدة والآخر غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضمانا نصف بدل النفس لذلك ، فإن قيل : التصريف فى البديل يعتمد التساوى فى السبب وقد انتفى ، لأن قطع الحشفة أشد إفضاء إلى التلف من قطع الجلدة لاجتماعه فكان كقطع اليد مع حرز الرقبة . أجب بآن كل واحد يحتمل أن يقع إلتافا وأن لا يقع إلتافا ، والتفاوت غير مضبوط فكان هذا هدرا بخلاف الحر فإنه لا يحتمل أن لا يقع إلتافا . قال (والأجبر الخاص الخ) الأجبر الخاص هو الذى يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل ، كمن استؤجر شهرا لحلمة شخصين أو لرحى غنمه ، وقد ذكرنا ما يرد على الأجبر المشترك . والجواب عنه فعليك

قال المصنف : لأنه يبتنى على قوة الطباع وضعفها) أقول : ذكر القسمر لكونها فى تأويل أن مع الفضل ، والمراد لأن السراية وجودا وعملا يبتنى (قوله حتى إن المختار إذا ختن قطع الحشفة) أقول : وفى حصة التفرع كلام ، ثم قوله الحشفة بالخاء الهذيلة (قوله فعليك

أجبر وحده لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره لأن منافعه في المدة صارت مستحقة له والأجر مقابل المنافع ولهذا يبقى الأجر مستحقاً وإن نقض العمل . قال (ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله) أما الأول فلأن العين أمانة في يده لأنه قبض بإذنه ، وهذا ظاهر عند أبي حنيفة ، وكذا عندهما لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس ، والأجير الواحد لا يتقبل الأعمال فتكون السلامة غالبية فيؤخذ فيه بالقياس . وأما الثاني فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح وبصير نائباً منابه فيصير فعله منقولاً إليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمه ، والله أعلم بالصواب .

فما معنى قوله وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة ، اللهم إلا أن يصار إلى حذف المضاف فيكون التقدير قد ذكرنا مثله وما ورد فيه من الشبهة (قوله لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس) فإنه يقبل أعمالاً كثيرة رغبة في كثرة الأجر ، وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ إلا ما يقدر على حفظه ، كذا في العناية أحدنا من الكافي . قال بعض الفضلاء : فيه بحث ، فإن حكمها بالضمان إنما نشأ من الدليلين المذكورين في الكتاب ، وما ذكرنا هنا يدل على أن ذلك لتلا يقصر الأجراء في الحفظ انتهى . أقول : هذا البحث ساقط جداً ، إذ الظاهر أن ما ذكرنا هنا حكمة حكمها بضمان الأجير المشترك ، وما ذكره فيما مر في الكتاب من الوجهين إنما هو دليل حكمها بذلك فلا تنافي بينهما أصلاً ، على أنه لو كان ما ذكرنا هنا أيضاً دليلاً لاحكامه لم يلزم غلو قط ، إذ لا تنافي بين ما ذكرنا هنا وما ذكره فيما مر ولا تعارض ، فلا مانع من كون هذا وذلك معاً دليلاً على الحكم .

يمثله هاتنا ، وقد ذكر وجه التسمية وهو ظاهر (قوله ولهذا) أي ولأن الأجر مقابل المنافع والمنافع مستحقة له (يبقى الأجر مستحقاً وإن نقض العمل) على بناء المعلوم ، بخلاف الأجير المشترك . فإنه روى عن محمد في خياط خاطب ثوب رجل بأجر ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط لأنه لم يسلم العمل إلى رب الثوب ، ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لأنه لو أجبر عليه أجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بنهاج العمل ، وإن كان الخياط هو الذي فتق فليعه أن يعيد العمل ، وهذا لأن الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كأن لم يكن ، بخلاف ما إذا فتقه أجنبي لأنه يفتق الأجنبي لا يمكن أن يجعل كأن الخياط لم يعمل أصلاً ، ولو كان أجيراً خاصاً فنقضه استحق الأجر (ولا يضم من تلف في يده) بأن سرق منه أو غاب أو غصب (ولا ما تلف من عمله) بأن انكسر القلوم في عمله أو غرق الثوب من دقه إذا لم يعتمد التساد ، فإن تعدد ذلك ضمن كالودع إذا تعدى (أما الأول) وهو ما إذا تلف في يده (فلأن العين أمانة في يده لحصول القبض بإذنه ، وهذا ظاهر عند أبي حنيفة وكذا عندهما ، لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس) فإنه يقبل أماناً كثيرة رغبة في كثرة الأجر ، وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ إلا ما يقدر على حفظه (والأجير الواحد لا يقبل العمل) بل يسلم نفسه (فتكون السلامة غالبية فيؤخذ فيه بالقياس . وأما الثاني) وهو ما إذا تلف من عمله (فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر) يسلم النفس صح تصرفه فيها ، والأمر بالتصرف فيها (فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح وبصير المأمور) أي الأجير (نائباً منابه فصار فعله منقولاً إليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمه ، والله أعلم)

يمثله هاتنا) أقول : فيه بحث (قوله ولو كان أجيراً خاصاً فنقضه) أقول : يعني لنقصه أجنبي (قوله لحصول القبض بإذنه) أقول : القبض بالإذن حاصل في الودع بأجر وهو ضمان لما تلف في يده فكان المناسب أن يقول : ولا أجر للحفظ ، إلا أنه لم يذكره لظهوره عما سبق (قوله وقد يعجز عن قضاء الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها) أقول : فيه بحث ، فإن حكمها بالضمان إنما نشأ من الدليلين المذكورين في الكتاب ، وما ذكرنا هنا يدل على أن ذلك لتلا يقصر الأجراء في الحفظ . والأظهر أن يقال : وكذا عندهما لعدم جريان وجهي الاستحسان في أجير الوعد في حق القياس .

(باب الإجارة على أحد الشرطين)

(وإذا قال العياط إن خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم . وإن خطته روميا فبدرهمين جاز ، وأى عمل من هذين العاملين عمل استحق الأجر به) وكذا إذا قال للصباغ إن صبغته بعصفور فبدرهم ، وإن صبغته بزعفران فبدرهمين ، وكذا إذا أخيره بين شيئين بأن قال : أجرتك هذه الدار شهرا بخمسة أو هذه الدار الأخرى بعشرة ، وكذا إذا أخيره بين مسافتين مختلفتين بأن قال : أجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا أو إلى واسط بكذا ، وكذا إذا أخيره بين ثلاثة أشياء ، وإن أخيره بين أربعة أشياء لم يميز . والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة ، غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع ، وفي الإجارة لا يشترط ذلك لأن الأجر إنما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما ، وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار (ولو قال إن خطته اليوم فبدرهم ، وإن خطته غدا فنصف درهم ،

(باب الإجارة على أحد الشرطين)

لما فرغ من ذكر الإجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الإجارة على أحد الشرطين ، لأن الواحد قبل الاثنين (قوله غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الإجارة لا يشترط ذلك ، إلى قوله فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار) استشكل صاحب التيسيل هذا الفرق حيث قال : أقول الجهالة التي في طرف الأجرة ترتفع كما ذكرنا ، وأما الجهالة التي في طرف العين المستأجرة فنحو قوله أجرتك هذه الدار سنة بخمسة أو هذه الدار بعشرة فهي ثابتة . وهي تنفص إلى الزرع في تسليم العين وتسلمه ، إذ المستأجر يريد هذا والمؤجر يبيع الآخر فيتحقق النزاع فيبني أن لا تصح بدون شرط خيار العين انتهى كلامه . وأجاب عنه بعض العلماء حيث قال بعد ذكر ذلك الاستشكال في صورة أن يكون من عند نفسه . ويمكن الجواب بأن يقال إن الثمن يجب في باب البيع بمجرد العقد فلا ترتفع الجهالة المفضية إلى النزاع حين وجوب الثمن إلا بإثبات الخيار ، والأجرة في باب الإجارة لا يجب بمجرد العقد بل بالعمل ، وعند وجود العمل ترتفع الجهالة لامحالة فلا حاجة إلى إثبات الخيار ، إلى هنا كلامه . أقول : ليس هذا الجواب بشيء إذ ليس فيه شيء زائد على ما ذكرنا في الفرق هاهنا ، والإشكال المزبور إنما ينتج بعد ذلك ، فإن الجهالة التي في طرف العين المستأجرة تنفص إلى الزرع في تسليم العين وتسلمها

(باب الإجارة على أحد الشرطين)

لما فرغ من ذكر الإجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الإجارة على أحد الشرطين ، لأن الواحد قبل الاثنين . قال (وإذا قال العياط الخ) إذا قال رجل العياط إن خطت هذا الثوب فارسيا فلك درهم وإن خطته روميا فلك درهمان جاز بالاتفاق ، وأى العاملين عمل استحق الأجر المسمى له ، وكذلك إذا كان التردد بين الصبغين أو الداوين أو الدابتين أو مسافتين ، وكذلك إذا كان بين ثلاثة أشياء ، أما إذا كان بين أربعة أشياء فلم يميز ، والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع ، وفي الإجارة لا يشترط ذلك لأن الأجر إنما يجب بالعمل ، وعند ذلك يصير المعقود عليه

(باب الإجارة على أحد الشرطين)

(قوله إذا قال رجل العياط إن خطت هذا الثوب) أقول ، فإن قيل : أليس هذا تعليقاً والإجارة لا تقبله ، قلنا : ليس هذا تعليقاً لقد الإجارة بأمر آخر كأن يقول إن جاء زيد فقد أجرتك داري هكذا وهو القى لا يقبله العقد ، أما ذكر العقد بصيغة التعليق فلا مانع به (قوله غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع) أقول : يعني خيار التصين .

فإن خطاه اليوم فله درهم ، وإن خطاه غدا فله أجر مثله عند أبي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم . وفي الجامع الصغير : لا ينقص من نصف درهم ولا يزداد على درهم . وقال أبو يوسف ومحمد : الشرطان جائزان (قال زفر : الشرطان فاسدان لأن الخطيئة شيء واحد . وقد ذكر بمقابله بدلان على البذل فيكون مجهولا ، وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان .

فلا يبقى إخلال للعمل نفسه ، إذ العمل في نحو استئجار الدار إنما يتصور بعد تحقق تسليم العين المستأجرة وتسليمها ، وعند النزاع لا يتحقق ذلك فلا يفيد القول بأن الجهالة ترتفع عند وجود العمل كما لا يخفى فليتأمل في دفع أصل الإشكال (قوله وقال زفر : الشرطان فاسدان لأن الخطيئة شيء واحد وقد ذكر بمقابله بدلان على البذل فيكون مجهولا وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان) بيان ذلك أن ذكر اليوم للتعجيل لا التوقيت لأنه حال أفراد العقد في اليوم بأن قال خطه اليوم بدرهم كان التعجيل لا التوقيت ، حتى لو خطاه في الغد استحق الأجر ، فكذا هاهنا . وذكر الغد للترفيه لأنه حال أفراد العقد في الغد بأن قال خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا هاهنا ، إذ ليس لتعدد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان . أما في اليوم فلا نذكر الغد إذا كان للترفيه كان العقد المضاف إلى غدا ثابتا اليوم مع عقد اليوم . وأما في الغد فلا نذكر العقد المنتقد في اليوم باق لأن ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف إلى غدا ، وإذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد بيديين على سبيل البذل فصار كأنه قال خطه بدرهم أو نصف درهم ، وهو باطل لكون الأجر مجهولا وذلك يفضي إلى النزاع ، كذا في الشروح والكافي . قال صاحب العناية بعد ذلك البيان . والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل ، فإن به يتعين الأجر لزومه عند العمل كما تقدم انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن زوال الجهالة بوقوع العمل إنما يتصور إذا لم يجمع في كل يوم تسميتان ، ومدار دليل زفر على اجتماعهما في كل يوم كما تبين من قبل فيحتمل لا تزول الجهالة

معلوما ، وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتصحق الجهالة ولا ترتفع المازعة إلا بإثبات الخیار . وإذا قال : إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غدا فبنصف درهم . قال أبو حنيفة : الشرط الأول جائز والثاني فاسد ، فإن خطاه اليوم فله درهم وإن خطاه غدا فله أجر مثله . وقال أبو يوسف ومحمد : الشرطان جائزان ، في أيهما خطا استحق المسمى فيه . وقال زفر : الشرطان فاسدان لأن العمل الواحد قوبل بيديين على البذل وذلك يفضي إلى الجهالة المفضية إلى النزاع ، وبيان ذلك ما ذكره أن ذكر اليوم للتعجيل لا التوقيت لأنه حال أفراد العقد في اليوم بقوله خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خطاه في الغد استحق الأجر فكذا هاهنا . وذكر الغد للترفيه لأنه حال أفراد العقد في الغد بقوله خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا هاهنا إذ ليس لتعدد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان ، أما في اليوم فلا نذكر الغد إذا كان للترفيه كان العقد المضاف إلى غدا ثابتا اليوم مع عقد اليوم ، وأما في الغد فلا نذكر العقد المنتقد في اليوم باق ، لأن ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف إلى غدا ، وإذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد بيديين على البذل فصار كأنه قال خطه بدرهم أو نصف درهم وهو باطل لكون الأجر مجهولا . والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فإن به يتعين الأجر لزومه عند العمل كما تقدم . ولما أن ذكر اليوم للتوقيت لأنه حقيقة فكان قوله إن خطته اليوم فبدرهم مقتصر على اليوم ، فبإقتضاء اليوم لا يبقى العقد إلى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت ، وذكر الغد للتعلق : أي للإضافة لأن الإجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل الإضافة إلى وقت في المستقبل فتكون مرادة لكونها حقيقة ، وإذا كان للإضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجمع في كل يوم تسميتان

(قوله والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل) أقول : فيه بحث ، إذ لا تزول الجهالة بوقوع العمل فيها نحن فيه لاجتماع التسميتين في كل يوم ، فالأول هو العرض للفتنات دليه ومنع اجتماعهما في كل يوم (قوله كما تقدم) أقول : آتينا (قوله فتكون مرادة لكونها حقيقة) أقول : فيه شيء ، بل حقيقة التعليق لكان أن ، وجوابه ظاهر ، فإنه قال : ذكر الغد للإضافة وهي حقيقة ، ودخول إن به

ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت . وذكر الغد للتعليق فلا يجمع في كل يوم تسميتان ، ولأن التعجيل والتأخير مقصود
فزل منزلة اختلاف النوعين . ولأبي حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة ،

قطعا لأن العمل المشروط أمر واحد ، في أي يوم يقع يلزم أن يكون في مقابلته بطلان على سبيل البطل . فالوجه في الجواب
عن دليل زفر منع لزوم اجتماع التسميتين في كل يوم كما سيفهم من تقرير دليل سائر الأئمة ، ولهذا لم يتعرض المصنف للجواب
عنه صريحا (قوله ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجمع في كل يوم تسميتان) قال بعض العلماء بعد نقل
دليلهما هذا عن الهداية : وفيه كلام . وهو أن الإمامين جملا اليوم في مسألة أن يستأجر ليخبر له اليوم كذا بكذا للتعجيل هربا
عن بطلان الحمل على التوقيت فكيف يلزمان الأمر الباطل هاهنا انتهى . أقول : هذا الكلام ظاهر الاندفاع ، لأن الإمامين
إنما جملا اليوم هاهنا على التوقيت لكون التوقيت حقيقة وعدم تحقق الصارف عنها إلى المجاز عندهما كما صرح به في الكافي
والشروح ، وإنما جملا اليوم في مسألة الخبر للتعجيل لتحقيق الصارف عن الحقيقة إلى المجاز هناك وهو بصحح العقد . فإن الأصل
تصحيح تصرف العاقل ما أمكن . وإنما يمكن هناك جعل اليوم للتعجيل فلا منافاة بين المقامين على أصلهما . ولقد أفصح عما
ذكرنا تاج الشريعة حيث قال : فإن قلت : قد جعلنا ذكر اليوم في مسألة خبر الخاتم للتعجيل فما لهما في جملا كذلك هاهنا ؟
قلت : هنالك جملا على المجاز تصحيحا للعقد وهاهنا جملا على الحقيقة التصحيح أيضا إذ لو عكس الأمر في الفعلين يلزم إبطال
ما قصد العقادان من صحة العقد . والأصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن انتهى كلامه (قوله ولأبي حنيفة أن ذكر الغد
للتعليق حقيقة) مراده بالتعليق الإضافة : أي للإضافة حقيقة . لأن الإجارة لا تقبل التعليق ولكن تقبل الإضافة إلى وقت في
المستقبل فتكون مرادة ، كذا رأى عامة الشراح حتى قال بعضهم : ولهذا ذكر في بعض النسخ ذكر الغد للإضافة . وقال
صاحب العناية بعد تفسير التأقيت هنا بالإضافة : ويعوز أن يقال : عبر عن الإضافة بالتعليق إشارة إلى أن النصف في الغد
ليس بتسمية جديدة ، لأن التسمية الأولى باقية ، وإنما هو لخط النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق : أي
للتعليق الخط بالتأخير وهو يقبل بالتأخير ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه بحث ، إذ لو لم يكن النصف في الغد تسمية جديدة بل
كان ذكر الغد مجرد تعليق خط النصف الآخر بالتأخير لما صح قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى : يجمع في الغد تسميتان دون اليوم
فيصح الأول ويفسد الثاني ، إذ على ذلك التقدير لا يكون في الغد إلا تسمية واحدة هي التسمية الأولى ، ولكن يحط نصف
المسمى بالتأخير فتجوز ذلك المعنى هاهنا إفساد للدليل أبي حنيفة بل لدعاه أيضا ، فكأنه إنما اغتر بما ذكره صاحب غاية البيان فإنه
قال في شرح قول المصنف وذكر الغد للتعليق أثناء تقرير دليل الإمامين . المراد من التعليق الإضافة ، لأن تعليق الإجارة لا يجوز
وقال : أو نقول المراد به تعليق خط النصف بالتأخير إلى الغد وذلك جائز لاتعليق الإجارة انتهى . ولكن لا ينبغي على القطن أن
تجوز ذلك المعنى أثناء تقرير دليل الإمامين لا يستلزم محضورا يستلزمه تجويزه أثناء تقرير دليل أبي حنيفة ، فلانها يقولان :

(قوله ولأن التعجيل والتأخير مقصود) دليل آخر لهما ، ومعناه أن المعقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة . فيكون
مراده التعجيل لبعض أغراضه في اليوم من التجميل والبيع بزيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون التأجيل مقصودا فصار باختلاف
الغرض كالتوحيين من العمل كما في الخياطة القارسية والرومية (ولأبي حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة) أي للإضافة ،
ويجوز أن يقال : عبر عن الإضافة بالتعليق إشارة إلى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة ،

التجديد البند (قوله فيكون مراده التسجيل) أقول : لا يقال هذا بخلاف لما قلناه اتفاقا من أن ذكر اليوم للتأقيت ، لأنه ليس معنى كلامه
أن التسجيل معنى مراد بذكر اليوم ، بل إنه لازم من لوازم معناه فتأمل ، ويجوز أن يحيل الكلام على الإلزام (قال المصنف : ولأبي حنيفة
أن ذكر الغد للتعليق حقيقة)

ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل ، وإذا كان كذلك

لا ينعض في كل يوم تسميتان فلا يتنافيه تجويز ذلك ، بخلاف قول أبي حنيفة كما عرفت (قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل) فإننا إذا نظرنا إلى ذكر العمل كان الأجير مشتركا ، وإذا نظرنا إلى ذكر اليوم كان أجير وحدهما متنافيان لتناقى لوازمهما ، فإن ذكر العمل يوجب عدم وجوب الأجرة ما لم يعمل ، وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة ، وتناقى اللوازم يدل على تنافى المزاومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت إلى المجاز الذي هو التعجيل ، كذا في العناية وغيرها . أقول : يشكل هذا بمسئلة الراعي فإنه يجتمع فيها العمل والوقت ، وتصح الإجارة بالاتفاق ، ولا يحمل الوقت على غير معناه الحقيقي في قول أحد ، بل يعتبر الأجير أجيرا مشتركا إن وقع ذكر العمل أولا ، وأجير وحده إن وقع ذكر المدة أولا ، صرح بذلك في عامة المعتررات سيما في الذخيرة والمحيط البرهاني . قال صاحب الكافي : وفي المسئلة إشكال هائل على قول أبي حنيفة رحمه الله ، فإنه جعل ذكر اليوم للتعجيل هنا حتى أجاز العقد ، وفي مسئلة الخاتم جعل ذكر اليوم للتأقيت فأفسد العقد على ما سبق تقريره . والجواب أن ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز ، وهنا قام الدليل على المجاز وهو نقصان الأجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة وصرنا إلى المجاز بهذا الدليل ، ولم يتم مثل هذا الدليل ثمة فكان التوقيت مرادا ففسد العقد ، انتهى كلامه . وزاد عليه تاج الشريعة سيوالا وجوبا فلخصهما صاحب العناية فقال بعد ذكر ذلك الإشكال . والجواب ورد بأن دليل المجاز قائم ثمة وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادا نظرا إلى ظاهر الحال . والجواب أن الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بوجود ، بخلاف ما نحن فيه فإن نقصان الأجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال انتهى . أقول : يشكل الجواب المذكور من ذلك الإشكال بمسئلة أخرى مذكورة في المحيط البرهاني وهي ما قال فيه ، ولو قال إن خطئه اليوم فلك درهم وإن خطئه غدا فلا أجر لك ، قال محمد في الأمالي : إن خطاه في اليوم الأول فله درهم : وإن خطاه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزداد على درهم في قولهم جميعا ، لأن إسقاط الأجر في اليوم الثاني لا ينافي وجوبه في اليوم الأول ، ونفي التسمية في اليوم الثاني لا ينافي أصل العقد فكان في اليوم الثاني عقدا لاسميه فيه فيجب أجر المثل ، انتهى لفظ المحيط . فإن أبا حنيفة رحمه الله لم يفسد العقد في اليوم الأول في هاتيك المسئلة كما أفسده في حالة الانفراد مع أنه لم يقم فيها دليل على المجاز كما قام دليل عليه فيما نحن فيه ،

لأن التسمية الأولى باقية : وإنما هو لحط النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر العقد للتعليل : أي لتعليل الحط بالتأخير وهو يقبل التأخير ، وإذا كانت الحقيقة يمكن العمل بها لا يجوز المصير إلى المجاز ، وإذا كان بالإضافة لتجتمع تسميتان في اليوم (ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته التي هي التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل) فإننا إذا نظرنا إلى ذكر العمل كان الأجير مشتركا ، وإذا نظرنا إلى ذكر اليوم كان أجير وحدهما متنافيان لتناقى لوازمهما ، فإن ذكر العمل يوجب عدم وجوب الأجرة ما لم يعمل ، وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة ، وتناقى اللوازم يدل على تنافى المزاومات ، ولذلك عدلنا عن

ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت) أقول : قيل إذا تأملت في كلام الهادي : أي قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل ظهر لك نصف ما ذكره صاحب العناية . فإن صاحب الهادية جعل مناط امتناع حمل اليوم على حقيقته : أي التوقيت لزوم فساد العقد ، ومنه يفهم أنه حمل على مجازة لهذا المنط ، إذ للقرينة المانعة عن إرادة الحقيقة في صورة تعيين المجاز كافي في الحمل على المجاز على ما عرفت . ثم لو جعل المنط من أول الأمر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لأنه زاد له في الأجر متى خطئ في اليوم ونقص متى أخر ، وهو دليل أن اليوم للتعجيل لا للتوقيت لاستقام الكلام من غير دية ، ولكن على ما ذكره في الهادية الفرق مشكل على ما لا يخفى ، وثبوت الفرق من وجه آخر لا يفيد نتائجا . وفي كتاب الصرف في مسئلة بيع السيف المحل تفصيل متعلق بالقيام خصوصا في شرح ابن الممام (قوله لأن التسمية الأولى باقية ، وإنما هو لحط النصف الآخر الخ) أقول : تأمل كيف اجتمع حينئذ في الله التسميتان حتى يفسد (قوله وهو يقبل التأخير) أقول : كان الظاهر أن يقول : وهو يقبل التعليل كما لا يخفى ، لكنه ليس كذلك لما فيه من شبهة التماثل على ما بر مرارا .

يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم ، فيصح اليوم الأول وينيب المسمى . ويفسد الثاني وينيب أجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لأنه هو المسمى في اليوم الثاني . وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم ، لأن التسمية الأولى لاتعتمد

إذ لاشك أن قوله إن خطته غدا فلا أجر لك لا يكون دليلا على عدم إرادة ما كان ذكر اليوم حقيقة فيه وهو التوقيت . بل يكون دليلا على إرادة حقيقة ذلك ، إذ لو لم يكن مراده التوقيت لما نفي الأجر بالكلية في الغد . وإذا كان التوقيت مرادا بذكر اليوم في تلك الصورة يشكل الفرق بينها وبين مسئلة الخاتم جدا على قول أبي حنيفة فليتأمل . واستشكل الجواب المذكور بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال : ولا بد لأبي حنيفة من بيان دليل المجاز فيما إذا قيل خطه اليوم بدرهم حيث حل ذكر اليوم على التعجيل . وقال : ويتجزأ أن يكون الدليل عليه صيغة الأمر فلأنها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت ، وقال : وفيه تأمل انتهى . أقول : لا يتوجه هذا الاستشكال رأسا إذا تسلّم أن أبا حنيفة حل ذكر اليوم على التعجيل في الصورة المربورة ، بل الظاهر أنه على أصله هناك أيضا من أن الجمع بين ذكر الوقت وذكر العمل منفسد للعقد حالة الأفراد ، وإن ثبتت عامة المعتررات ولم أجد في شيء منها ما يدل على صحة العقد في الصورة المربورة عند أبي حنيفة . بل وجدت في بعض منها التصريح بعدم صحة العقد في تلك الصورة ، فإن الإمام الرازي قال في شرحه مختصر القدوري نقلا عن شرح الأنطع : ولو قال خط هذا الثوب اليوم ولك درهم لم يصح لجهالة العقود عليه أنه المدة أو العمل انتهى . نعم قد قيل في الكافي وكثير من الشروح في أثناء بيان دليل زفر في المسئلة التي نحن بصدد توضحها لقوله إن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت ، ولهذا أو أفرد العقد في اليوم بأن قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت ، حتى لو خاطه في الغد استحق الأجر فكذا هاهنا انتهى . لكن الظاهر أن ذلك القياس المذكور في دليل زفر إنما ينهض حجة على الإمامين . فإنها تقولان بالتعجيل حالة الأفراد لا على أبي حنيفة رحمه الله فتدبر (قوله وفي الجامع الصغير : لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم ، لأن التسمية الأولى لاتعتمد

الحقيقة التي هي التأقيت إلى المجاز الذي هو التعجيل (وحينئذ يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الأول وينيب المسمى ويفسد الثاني وينيب أجر المثل) ولقائل أن يقول : في جعل اليوم لتعجيل صحة الإجارة الأولى وفساد الثانية . وفي جعله للتوقيت فساد الأولى وصحة الثانية ، ولا رجحان لأحدهما على الآخر فكان تحكما . والجواب أن فساد الإجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الأولى والضمينات غير معتبرة . واستشكل على قول أبي حنيفة بمسئلة الخاتم ، فإنه جعل فيها ذكر اليوم للتأقيت وأفسد العقد ، وهاهنا للتعجيل وصحة . وأجيب بما ذكرنا أن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة لا يترك إذا لم يمنع عن ذلك مانع كما نحن فيه ، فإن الحمل على الحقيقة منفسد للعقد فمتنا ذلك عن الحمل عليه ، وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الأجر للتأخير ، بخلاف حالة الأفراد فإنه لا دليل ثمة على المجاز فكان التأقيت مرادا وفسد العقد . ورد بأن دليل المجاز قائم ثمة وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادا نظرا إلى ظاهر الحال . والجواب أن الجواز بظاهر الحال في حيز الزرع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس موجود ، بخلاف مانع فيه فإن نقصان الأجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال . وبما ذكرنا علم أن قياس زفر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فاسد لوجود التارق ، وإذا وجب أجر المثل فقد اختلقت الرواية عن أبي حنيفة إذا خاطه في اليوم الثاني . روى عنه أن له في اليوم الثاني أجر مثله لا يجاوز به نصف درهم لأنه هو المسمى في اليوم الثاني . قال القدوري رحمه الله : هي الصحيحة (وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم ، لأن التسمية الأولى لاتعتمد

(قوله وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الأجر للتأخير) أقول : ولا بد لأبي حنيفة من بيان دليل المجاز فيما إذا قيل خطه اليوم بدرهم حيث حل ذكر اليوم على التعجيل ، ويجوز أن يقال الدليل عليه صيغة الأمر فلأنها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت فيه تأمل (قوله بخلاف مانع فيه فإن نقصان الأجر دليل) أقول : يعني دليل على المجاز (قوله زائد على الجواز بظاهر الحال) أقول : وله على الجواز متعلق بقرنه زائد (قوله وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم) أقول : لا يقال كان الواجب

في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان، فإن خاطه في اليوم الثالث لا يماز به نصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله هو الصحيح ، لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبازيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى (ولو قال : إن سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم في الشهر ، وإن سكنته حدادا فبدرهمين جاز ، وأى الأمرين فعل استحق الأجر المسمى فيه عند أبي حنيفة . وقالوا : الإجارة فاسدة ، وكذا إذا استأجرينا على أنه إن سكن فيه عطارا فبدرهم وإن سكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : لا يجوز . ومن استأجر دابة إلى الحيرة بدرهم وإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز ، ويحتمل الخلاف . وإن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كَرَّ شعير فبنصف درهم ، وإن حمل عليها كَرَّ حنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : لا يجوز) وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول ، وكذا الأجر أحد الشئتين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد ، بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لأن الأجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة . أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخيلية والتسليم فتبقى الجهالة ، وهذا الحرف هو الأصل عندهما . ولأبي حنيفة أنه غيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسألة الرومية والفارسية ، وهذا لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد ؛ ألا ترى أنه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في أخواتها ،

في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة ، وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان (أقول : فيه نظر ، إذ قد تقرر في أول باب الإجارة الفاسدة أن التسمية في الإجارة الفاسدة تمنع الزيادة عندها ولا تمنع النقصان أصلا ، بل يجب أجر المثل وإن نقص عن المسمى فما معنى أن تعتبر التسمية الثانية هاهنا لمنع النقصان وهلا هذا مخالفا لما تقرر (قوله أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخيلية والتسليم فتبقى الجهالة ، وهذا الحرف هو الأصل عندهما) قال صاحب التيسيل : يرد على أصلهما مسألة التخيير بين مسافيتين مختلفتين ، فإن الأجر يجب بالتسليم من غير عمل فيلزم أن يفسد عقد الإجارة ثمعندهما مع أنه جائز عند أصحابنا وفاقا إلا عند زفر ، انتهى

لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان ، فإن خاطه في اليوم الثالث لا يماز به نصف درهم عند أبي حنيفة هو الصحيح ، لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبازيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى (وأما عندهما فالصحيح أنه ينقص من نصف درهم ولا يزداد عليه . قال (ولو قال : إن سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهمين (الخ) ولو قال : إن سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم ، وإن سكنته حدادا فبدرهمين ، وكذا إن استأجرينا فقال إن سكنت فيه عطارا فبدرهم ، وإن سكنت فيه حدادا فبدرهمين ، ولو استأجر دابة إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كَرَّ شعير فبنصف درهم ، وإن حمل عليها كَرَّ حنطة فبدرهم فلذلك كله جائز عند أبي حنيفة خلافا لهما ، وإن استأجرها إلى الحيرة بدرهم فإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز ، ويحتمل الخلاف . وإنما قال ذلك لأن هذه المسئلة ذكرت في الجامع الصغير مطلقا فيحتمل أن يكون هذا قول الكل ، ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة خاصة كما في نظائرها . وجه قولهما أن المعقود عليه أحد الشئتين ، وكذلك الأجر أحد الشئتين وهو مجهول ، والجهالة الواحدة توجب الفساد فكيف الجهالتان . فإن قيل : مسألة الخياطة الرومية والفارسية فيها جهالة المعقود عليه فكانت صحيحة . أجب بقوله بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لأن الأجر ثمة يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة . أما في هذه المسائل فالأجر يجب بالتخيلية والدار والدكان والتسليم في العبد فتبقى الجهالة . وهذا الحرف : أى قوله يجب الأجر بالتخيلية والتسليم فتبقى الجهالة هو الأصل عندهما . ولأبي حنيفة أنه غيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسألة الرومية والفارسية ، وهذا أى كونهما مختلفين لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد ؛ ألا ترى أنه أى إسكانه الحداد لا يدخل في مطلق العقد وكذا

في جهالة المسمى أجز المثل بالفا مبالغ الفرق للظاهر بين الجهالتين ، فإن هنا بعض التحمين بل كل التحمين بالنظر إلى لفظ الموجز (قوله والتسليم في العبد) أقول : فيه شبه ، وكان الظاهر أن يقال : والتسليم في العاقبة .

والإجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة ، ولو احتيج إلى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الأجرين للتيقن به .

(باب إجارة العبد)

كلامه . أقول : يمكن أن يجاب عنه بأن الأجر وإن وجب في الصورة المذكورة بالتسليم من غير عمل إلا أنه لا يجب بمجرد التسليم والتخلية ، بل لا بد في وجوبه من قطع المسافة المعينة في ذلك العقد . فلأنهم صرحوا بأنه إذا استأجر دابة إلى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه السير فيها إلى الكوفة فلا أجر عليه ، وإن ساقها معه إلى الكوفة فلم يركبها وجبت الأجرة انتهى . ففي مسئلة التخيير بين مسافتين مختلفتين ترتفع الجهالة بقطع مسافة من تبتك المسافتين ، بخلاف ما نحن فيه على أصلهما (قوله ولو احتيج إلى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الأجرين للتيقن به) يعني ولو احتيج إلى إيجاب الأجر بمجرد التسليم والتسليم ، بأن يسلم العين المستأجرة إلى المستأجر ولم ينتفع به قط حتى تعلم المنفعة يجب أقل الأجرين اللذين سميا في العقد للتيقن به . أقول : القائل أن يقول : لو جاز الأخذ بالأقل في دفع الجهالة الواقعة في باب الإجارة بناء على كونه متيقنا لصحة الإجارة فيما إذا سعى لعمل معين أو لمنفعة معينة أجرين متغايرين على سبيل البذل كأن قال : خبط هذا الثوب بدرهم أو بنصف درهم ، أو قال : اسكن في هذا البيت بدرهم أو بنصف درهم وجب أقل الأجرين اللذين ساءما ولم يقل به أحد فتأمل في الدفع ، والله الموفق .

(باب إجارة العبد)

قال صاحب النهاية : لما فرغ من بيان أحكام تتعلق بالحرّ شرع في بيان أحكام تتعلق بالعبد ، إذ العبد منقطع للدرجة عن الحرّ فانقطع ذكره عن ذكر الحر لذلك انتهى . واقتفى أثره كثير من الشراح في ذكر هذا الوجه . وقال صاحب غاية البيان : لما كان إجارة الرقيق نوعا من أنواع الإجارة وبالرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة ، وأخر ذكرها لأن المجلس مقدم على النوع ، وقال : هذا ما لاح في من وجه المناسبة ، وما قيل في بعض الشروح إن العبد منقطع للدرجة عن الحرّ فانقطع ذكره عن ذكر الحر لذلك فقيه نظر ، لأن صاحب المداية ذكر قبل هذا استئجار الدور والحوانيت والحمام والدواب ، وذكر هنا استئجار الرقيق لاختصاصه بالمسائل المذكورة في هذا الباب ، وترجم الباب بباب إجارة العبد كما ترجم في الأصل بباب إجارة الرقيق للخدمة وغيرها ، وظاهر كلام هذا الشارح يفهم منه أن العبد منقطع للدرجة عن الحر لأنه لا ولاية له أصلا فلا يصح تصرفه في شيء إلا بإذن المولى وهذا مسلم ، ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ أول الباب باستئجار العبد لأنه لم يوجد منه تصرف أصلا في عقد الإجارة لا أصالة ولا نيابة ، بل هو محل التصرف وموقع عقد الإجارة كالدابة ونحو ذلك ، فعلم بهذا أن غرض المصنف لم يكن إلا تنويع المسائل ، إلى هنا كلامه . أقول : في الوجه الذي لاح له نظر ، لأن مجرد كون

في أنواعها (قوله والإجارة) جواب عن قوله يجب الأجر بالتخلية الخ ، وتقريره أن الإجارة (تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة) أما ترك الانتفاع مع التمكن فتأخذ لامتنع به (ولو احتيج إلى إيجاب الأجر بمجرد التسليم) بأن يسلم العين المستأجرة ولم ينتفع به حتى يعلم المنفعة (يجب أقل الأجرين للتيقن به) ،

(باب إجارة العبد)

تأخير ذكر إجارة العبد عن إجارة الحرّ لاحتياج إلى بيان لظهور وجهه بالخطاط درجته

(باب إجارة العبد)

(قوله تأخير ذكر إجارة العبد) أقول : أي نفسه ، وإجارة الغير لأنه ذكرت أسطردا ، وقد يقدم في الذكر ما يذكر أسطردا

قال (ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك) لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الإطلاق ،

الجنس مقدما على النوع لا يقتضي تأخير مسائل هذا الباب إلى هنا ، فإن مسائل كثيرة من الأبواب السابقة مختصة أيضا بالنوع لاعامة الجنس ، ألا يرى أن مسائل باب الإجارة الفاسدة مختصة بالنوع القاسد من جنس الإجارة ، وكذا مسائل باب الإجارة على أحد الشرطين مختصة بالنوع الذي ذكر فيه الشرطان إلى غير ذلك من المسائل الأخرى المتقدمة ، وإنما يقتضي هذا الوجه تأخير مسائل هذا الباب عما ذكر في أوائل كتاب الإجارة من الأحكام العامة لجنس الإجارة دون غيرها من الأحكام الكثيرة المتنوعة الواقعة في البين فلا يتم التقريب . وأما ما أورده على الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ومن يحلو حلوه من النظر فقد قصد بعض الفضلاء دفعه حيث قال في تفسير إجارة العبد : أي نفسه وقال وإجارة الغير إياه ذكرت استطرادا ، وقد يقدم في الذكر ما يذكر استطرادا كما سبق في باب العشر والخراج ، فقل هذا الإجارة مضاف إلى الفاعل ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه غلط . أما أولا فلأن الإجارة في اللغة اسم للأجرة وهي كراء الأجير ، صرح به في المغرب وعامة كتب اللغة ، ولم يسمع مجيء هذه الكلمة مصبرا قط ، وإنما المصدر من الثلاثي الأجر ، ومن المزيد عليه الإيجار والمواجرة ، فلم يتصور أن يكون للإجارة فاعل ومفعول ، فلم يصح القول بأن الإجارة هاهنا مضاف إلى الفاعل وأن المعنى إجارة العبد نفسه . وأما ثانيا فلأن المذكور في هذا الباب خمس مسائل : ثناتن منها متعلقتان بإيجار العبد نفسه ، وثلاث منها متعلقات بإيجار الغير إياه ، فحمل عنوان الباب على أقل ما ذكر في الباب وجعل أكثر ما ذكر فيه استطراديا كما يقتضيه قوله وإجارة الغير إياه ذكرت استطرادا مما لا يقبله فطرة سليمة . ثم أقول : في دفع ما أورده صاحب النهاية من النظر أن انحطاط درجة العبد عن الحر كما يظهر له أثر فيها إذا وجد من العبد تصرف في عقد الإجارة ، كذلك يظهر له أثر فيها إذا لم يوجد منه تصرف في ذلك ، ولكن كان هو محل التصرف وموقع عقد الإجارة ، إذ لا شك أن في كل من يتنك الصورتين حكما خاصا يتعلق بالعبد كما يفصح عنه قوله في الوجه الذي اختاره ، وبالفريق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة . ولا ريب أن اختصاص مثل ذلك الحكم بالعبد ليس لارتفاع درجته عن الحر بل إنما هو لانحطاط درجته عن الحر ، فكان قول صاحب النهاية ومن تبعه : آخر الأحكام التي تتعلق بالعبد عن أحكام الحر لانحطاط درجة العبد عن الحر وجهها جاريا في الصورتين معا شاملا للمسائل المذكورة في هذا الباب بأسرها فلم يتم قول صاحب الغاية ، ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ أول الباب باستتجار العبد الخ ، إذ مداره على أن لا يجرى الوجه المزبور في الصورة الثانية كما يتأدى عليه تعليقه . ثم إن إضافة الإجارة إلى العبد في عنوان الباب ليس من قبيل الإضافة إلى الفاعل ولا من قبيل الإضافة إلى المفعول لما عرفت ، بل من قبيل الإضافة لأدنى الملازمة فتشمل ما كان العبد متصرفا في نفس عقد الإجارة كما في بعض مسائل هذا الباب ، وما كان العبد محل التصرف وموقع عقد الإجارة كما في البعض الآخر من مسائل هذا الباب ، ومن هذا البعض المسئلة المبتدأ بها أول الباب فلا محذور ولا استطراد في شيء تأمل ترشد (قوله) ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك ، لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الإطلاق) فإن قيل : إن المستأجر في ملك منافع يزل منزلة المولى في منافع عبده ولعمري أن يسافر بعبد فسلما لا يكون

(ومن استأجر عبدا ليخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك ، لأن خدمة السفر تشتمل على زيادة مشقة) لا محالة (فلا ينتظمها الإطلاق) واعترض بأن المستأجر في ملكه منافع كالملوك ، ولعمري أن يسافر بعبد فكذا للمستأجر . وأجيب بأن المولى إنما يسافر بعبد لأنه يملك رقبته والمستأجر ليس كذلك . ونوقض بمن ادعى دارا وصاله المدعي عليه على خدمة عبده سنة فلأن المدعي أن يخرج بالعبد إلى السفر وإن يملك رقبته . وأجيب بأن مودة الرد في باب الإجارة على الأجر بعد انتهاء

كما سبق في باب العشر والخراج ، فقل هذا الإجارة مضاف إلى الفاعل (قوله واعترض بأن المستأجر) أقول : معارضته (قوله وأجيب بأن مودة الرد في باب الإجارة على الأجر الخ) أقول : في الفصل الحادي عشر من المحيط البرهاني : وإذا استأجر عبدا بالكوفة ليستخدمه

ولهذا جعل السفر علرا

للمستأجر أن يسافر بأجره ؟ قلنا : إنما يسافر المولى بعبد له لأنه يملك رقبته ، والمستأجر لا يملك رقبته أجيره . كذا في الكافي وعامة الشروح . وتقضى هذا الجواب بمن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فإن للمدعى أن يخرج بالعبد إلى السفر وإن لم يملك رقبته . وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الإجارة على الأجير بعد انتهاء العقد لأن المنفعة في النقل كانت له من حيث أنه يقرر حقه في الأجر . فالمستأجر إذا سافر بالعبد فهو يلزم المُوَجِّر ما لم يلزمه من مؤنة الرد وربما تربو على الأجرة . وأما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه : فالمدعى بالإخراج إلى السفر يلزم مؤنة الرد وله ذلك . كذا في العناية أخذنا من النهاية . أقول : لقائل أن يقول : يلزم من هذا الجواب أن يقدر المستأجر أن يسافر بالعبد إذا ألزم مؤنة الرد وإن لم يرض به المُوَجِّر . لأن حاصل هذا الجواب أنه إن سافر المستأجر بالعبد في باب الإجارة يترتب الضرر على المُوَجِّر بإلزامه إياه ما لم يلزمه من مؤنة الرد . ولا يتحقق أن ذلك الضرر يندفع بالتزام المستأجر تلك المؤنة مع أن الظاهر من عبارات الكتب عدم جواز المسافرة به مطلقا ما لم شرط ذلك فتأمل . وطعن صاحب العناية في الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال : وهذا كما ترى انقطاع ، لأن الملل احتاج إلى أن يضم إلى علته وهي قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيدها وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الرد . ثم قال : ولعل الصواب أن يقال : لا نسلم أن المستأجر في منافع العبد كالمولى . فإن المولى له المنفعة على الإطلاق زمانا ومكانا ونوعا ، وليس المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري يتقيد بمكان وزمان . فيجوز أن يتقيد بما لا يتقيد به المولى والعرف يوجب ، أو دفع ضرر المؤنة على ما ذكرنا بوجه . انتهى كلامه . أقول : فبما استصوبه نظر . لأنه ينتقض بمسئلة الصلح ، إذ لا شك أن المصالح أيضا لا يملك منافع العبد على الإطلاق كالمولى . بل هو أيضا إنما يملكها بعقد ضروري هو عقد

العقد ، لأن المنفعة في النقل كانت له من حيث أنه يقرر حقه في الأجر . فالمستأجر إذا سافر بعبد يلزم المُوَجِّر ما لم يلزمه من مؤنة الرد ، وربما يربو على الأجرة . وأما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه . فالمدعى بالإخراج إلى السفر يلزم مؤنة الرد وله ذلك . وهذا كما ترى انقطاع لأن الملل احتاج إلى أن يضم إلى علته وهو قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيدها وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الرد ، ولعل الصواب أن يقال : لا نسلم أن المستأجر في منافع العبد كالمولى ، فإن المولى له المنفعة على الإطلاق زمانا ومكانا ونوعا ، وليس المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري يتقيد بزمان ومكان . فيجوز أن يتقيد بما لم يتقيد به المولى . والعرف يوجب ، أو دفع ضرر مؤنة الرد على ما ذكرنا بوجه (ولهذا جعل السفر علرا) يعني إذا استأجر غلاما ليخدمه في المصر ثم أراد المستأجر السفر فهو علر في فسق الإجارة لأنه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ، ولو منع من السفر تضرر فكان علرا تنسخ به الإجارة

ولم يكن مكانا للخدمة كان له أن يستخسه بالكوفة وليس له أن يستخسه بمخارج الكوفة ، فإن سافر به ضمن . هكذا ذكر محمد المسئلة في إجازات الأصل . وذكر في صلح الأصل أن من ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة أن له أن يخرج بالعبد إلى أهله . قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الخواري في شرح كتاب الصلح : لم يرد بقوله يخرج بالعبد إلى أهله أن يسافر به ، وإنما أراد به أن يخرج إلى أهله في القرى وأقضية البلد . قال : وهذا كما قلنا في باب الإجارة : من استأجر عبدا ليخدمه ليس له أن يسافر به ، وله أن يخرج إلى أهله وأقضية البلد . وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي يفرق بين مسئلة الإجارة ومسئلة الصلح . وكان يقول في مسئلة الصلح : لصاحب الخدمة أن يسافر بالعبد المستأجر للخدمة . وحكي عن القتيبي أن إسحاق الحافظ أنه كان يقول : لارواية عن محمد في فصل الإجارة ، فلقائل أن يقول : المستأجر أن يخرج بغيره من المصر كما في الصلح . ولقائل أن يفرق بينهما : وقد عثرنا على الرواية في الإجارة في إجازات الأصل في نحو ما كتبنا انتهى . فلم من ذلك إمكان المنع في مسئلة الصلح فتأمل (قوله لأن المنفعة في النقل كانت له) أقول : معنى كانت للتأجير (قوله وأما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه) أقول : الصلح يجب بماله على أقرب المقود إليه وأشبهها لما أنه ليس عقدا بل هذا الصلح محمول على الإجارة فلا بد أن تكون مؤنة الرد على المدعى عليه ، وإلا فالفرق ؟ والجواب أن الفرق واضح فإن المدعى عليه زعم أن يملك الخدمة بغير شيء ، والتخصيص في النهاية (قوله ويلزمه) أقول : أي يلزم الأجير (قوله وليس المستأجر كذلك)

فلا بد من اشتراطه كإسكان الحداد والقصار في الدار، ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر، فإذا تعين الخدمة في الحضر لا يبيح غيره داخلا كما في الركوب (ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر) وأصله أن الإجارة صحيحة استحضانا إذا فرغ من العمل. والقياس أن لا يجوز لانعدام إذن المولى وقيام الحجر فصار كما إذا هلك العبد. وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضاراً على اعتبار هلاك العبد، والنافع مأذون فيه كقبول المبة، وإذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه (ومن غصب عبدا فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة، وقالوا: هو ضامن) لأنه أكل مال المالك بغير إذنه، إذ الإجارة قد صحت على مامر. وله أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز لأن التقوم به، وهذا غير محرز في حق الغاصب لأن العبد لا يحجز نفسه عنه فكيف يحجز ما في يده،

الصلح مع أن له أن يسافر بالعبد، بخلاف المستأجر فيحتاج إلى التفريق (قوله ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر، فإذا تعين الخدمة في الحضر لا يبيح غيره داخلا كما في الركوب) قال بعض الفضلاء: الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهر انتهى. أقول: الفرق بينهما أن مدار الأول على أن خدمة السفري لا يدخل في إطلاق العقد رأساً بناء على انصراف مطلق العقد إلى المتعارف الذي هو الخدمة في الحضر، ومدار الثاني على أن كل واحدة من خدمتي السفر والحضر وإن كانتا داخلتين تحت إطلاق العقد إلا أن الخدمة في الحضر تعينت بقرينة حال حضر الماقد ومكان العقد، فبعد تعينها لا يبيح المجال للأخرى كما في الركوب، فإنه إذا أطلق الركوب ثم ركب بنفسه أو أركب غيره يتعين هو فبعد ذلك ليس له أن يغير من ركه أولاً لتعينه للركوب فكلدا هاهنا، ويرشد إلى ما قررنا من الفرق بين الدليلين المذكورين في الكتاب عبارة المسووط والخيزرة في تعليل هذه المسئلة على ما ذكره صاحب النهاية حيث قال: لأن مطلق العقد ينصرف إلى المتعارف، ولأن الظاهر من حال صاحب العبد أنه يريد الاستخدام في مكان العقد حتى لا تلزمه مؤنة الرد، وربما يربو ذلك على الأجر فيعتين موضع العقد مكانا للاستيفاء بدلالة الحال، وكذا في المسووط والخيزرة انتهى (قوله ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر) قال صاحب الكافي في تقريره هذه المسئلة: ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا فاعطاه

(قوله فلا بد من اشتراطه) متعلق بقوله فلا يتخطهما الإطلاق (ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر) فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين (فإذا تعينت الخدمة في الحضر عرفاً لا يبيح غيرها داخلا كما في الركوب) فإنه إذا استأجر دابة ليركب بنفسه ليس له أن يركب غيره فتفاوت بين ركوب الراكبين فكل ذلك هاهنا (ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا) فعمل (فأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يسترد منه الأجر استحضانا. وفي القياس له ذلك لأنه يقتضي أن لا تصح الإجارة لانعدام إذن المولى وقيام الحجر) فيصير المستأجر غاصبا بالاستعمال ولا أجر على الغاصب (فصار كما إذا هلك العبد) فإنه يجب للمولى قيمته دون الأجر لأنه ضامن بالغصب، والأجر والضمان لا يجتمعان (وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضاراً على اعتبار هلاك المالك بالاستعمال والنافع مأذون فيه كقبول المبة، وإذا جاز الدفع لم يكن له أن يسترد منه) قال (ومن غصب عبدا فأجر العبد نفسه الخ) ومن غصب عبدا فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله لم يضمن عند أبي حنيفة، وقالوا: هو ضامن لأنه أكل مال المالك بغير إذنه، إذ الإجارة قد صحت على ما مر من وجه الاستحسان أن التصرف نافع، والمحجور مأذون في النافع. ولأبي حنيفة أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز لأن التقوم بالإحراز وهذا المال غير محرز في حق الغاصب، إذ العبد لا يحجز نفسه عنه فكيف يحجز ما في يده، وهذا لأن الإحراز إنما يكون بيد المالك أو يده نائبه، ويد الغاصب ليست بهما ويد العبد كذلك لأنه في يد الغاصب. فإن قيل: الغاصب إذا استهلك ولد المصنوعة ضمنه ولا

أقول: والمصالح أيضا ليس كذلك (قوله ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر) أقول: الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهراً.

(وإن وجد المولى الأجر قائما بعيته أخذه) لأنه وجد عين ماله (ويعوز قبض العبد الأجر في قولهم جميعا) لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر (ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فهو جائز ، والأول منهما بأربعة) لأن الشهر المذكور أولا ينصرف إلى ما يلي العقد تحريا للجواز أو نظرا إلى تنجز الحاجة فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة .

الأجر فقد زاد على ما ذكره المصنف قوله فعل واقتنى أثره صاحب العناية . أقول : فيه شيء . وهو أن وضع هذه المسئلة فيم إذا استأجر عبدا محجورا عليه شهرا كما ترى فقد ذكر فيه المدة وهي الشهر ، وقد تقر عندكم ، وعرفت فيما مر غير مرة أن الأجير يصير بذكر الوقت أجيرا خاصا ، وقد مر في باب ضمان الأجير أن الأجير الخاص هو الذي يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعي الغنم فما معنى اعتبار العمل في هذه المسئلة بعد ذكر المدة . نعم لا بد من تسليم العبد نفسه حتى يستحق الأجر ، فلا يجوز للمستأجر أن يأخذ منه ما أعطاه إياه من الأجر . إلا أنه لم يذكر هذا التقييد صراحة في وضع المسئلة اعتيادا على ظهور كونه مرادا . فلن قلت : من زاد قيد فعمل أراد بالعمل تسليم النفس . قلت : لا يرى له وجه صحيح ، إذ لا اتحاد بينهما ولا استلزام ، فإن العمل يوجد بدون تسليم النفس في الأجير المشترك مطلقا ، وتسليم النفس يوجد بدون العمل في الأجير الخاص الذي سلم نفسه ولم يعمل فما وجه ذكر العمل ؟ وإرادة تسليم النفس والإنصاف أن تركه أولى من ذكره كما صنع المصنف (قوله لأن الشهر المذكور أولا ينصرف إلى ما يلي العقد تحريا للجواز أو نظرا إلى تنجز الحاجة) قال تاج الشريعة : فإن قلت : هذا التعليل إنما يستقيم إذا نكر الشهر وهنا عرف بقوله هذين . قلت : رأيت في البسوط والجامع

إحراز فيه . أجب بأنه تابع للام لكونه جزءا منها وهي محرزة ، بخلاف الأجر فإنه حصل من المنافع وهي غير محرزة (وإن وجد المولى الأجر قائما بعيته أخذه لأنه وجد عين ماله ، ويعوز قبض العبد الأجر في قولهم جميعا لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر) من قوله والمنافع مأذون فيه كقبول الهبة ، وإذا كان مأذونا له وهو العاقد رجع الحقوق إليه فكان له القبض . وفائدته تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الأجرة فإنه يحصل بالأداء إليه ووضع المسئلة فيا إذا أجز العبد المصنوب نفسه ، فإن أجره الفاصب كان الأجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاضاق ، وإن أجره المولى فليس لعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة المولى لأنه العاقد (ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فهو جائز : والشهر الأول منهما بأربعة لأنه المذكور أولا ، والمذكور أولا ينصرف إلى ما يلي العقد تحريا للجواز) وذلك لأنه لما قال شهرا بأربعة على سبيل التذكير كان مجهولا ، والإنجارية تفسد بالهالة فصرفناه إلى ما يلي العقد تحريا للجواز ، كما لو قال استأجرت منك هذا العبد شهرا وسكت فإنه ينصرف إلى ما يلي العقد (أو نظرا إلى تنجز الحاجة) فإن الإنسان إنما يستأجر الشيء حاجة تدعوه إلى ذلك ، والظاهر وقوعها عند العقد ، وإذا انصرف الأول إلى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه ينصرف إلى ما يلي الأول ضرورة . قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر نكرا مجهولا ، والمذكور في الكتاب ليس كذلك . وأجيب بأن المذكور في الكتاب قول المستأجر واللام فيه العهد لما كان في كلام المؤجر من المنكر ، فكان المؤجر قال أجزت عبدي هذا شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة

(قوله أجب بأنه تابع للام بكونه جزءا منها وهي محرزة) أقول : لا يقال هذا بخلاف لما قاله الآن من أن العبد لا يحوز نفسه لأن عهده محرزة لا يثنى كونه محرزا في حق المالك (قوله قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر نكرا الخ) أقول : فيه بحث ، فإن المصنف إنما يستدل بتذكير شهرا لا بتذكير شهرين ، فلا محاس لهذا السؤال ظاهرا ، ويعوز أن يقال قوله شهرا وشهرا تفصيل للشهرين بلفظ التذكير فاعدا بهذا الاعتبار ، لكن لا يخفى عليك أنه لو ذكر المستأجر لفظ معرفة كما في الكتاب فجواب الكتاب أيضا ما ذكر (قوله وأجيب بأن المذكور) أقول : المحيى هو الإمام حيد الدين الشيرازي في حواشيه على الهداية ، ثم قال مولانا ظهير الدين : وقد رأيت كثيرا من الكتب نحو الميسوا والجامع الصغير المتاب والإيجاب والمدينة في اللغة أنه لا يتعرض لقوله هذين ، بل فيه إذا استأجر عبدا شهرين بأربعة وشهرا بخمسة فقال . ولانا تأملت فلم أجده له خلاصا سوى هذا انتهى . ويقول الضعيف مستهينا بأنه يجوز أن يكون وضع المسئلة فيما إذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين

(ومن استأجر عبدا شهرا بدهم فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق أو مريض فقال المستأجر آبق أو مرض حين أخذته وقال المولى لم يكن ذلك إلا قبل أن تأتيني بساعة فالقول قول المستأجر ،

الصغير للعاني وغيرهما عدم التعرض لقوله هذين ، بل في كل واحد منها استأجر عبدا شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة ، ويحتمل أن يحمل قوله هذين على ما إذا قال المؤجر أجرت منك هذا العبد شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف قوله هذين الشهرين إلى الشهرين المنكرين اللذين دخلا تحت إيجاب المؤجر فينبى التنكير فصلح التعليل بنزج الحاجة لإثبات التعيين ، إلى هنا كلامه . واقتنى أثره صاحب الكفاية في نسج هذا المقام على هذا المنوال . ولكن بنوع تغيير تحريري في أوائل المقال . وقال صاحب العناية : قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكرا مجهولا والمذكور في الكتاب ليس كذلك . وأجيب بأن المذكور في الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام المؤجر من المنكر . فكان المؤجر قال : أجرت عبدي هذا شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة ، فقال المستأجر استأجرت هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة . انتهى كلامه . أقول : لا الشبهة شيء ولا الجواب . أما الشبهة فلأن التعليل الزبور يستقيم ويتم بتنكير شهر في شهرا بأربعة وشهرا بخمسة ولا يتوقف على تنكير شهرين ، إذ على تقدير تعريف الشهرين يصير المتعين مجموع الشهرين من حيث هو مجموع ، وهذا لا يقتضي أن يتعين الأول منهما بأربعة والثاني بخمسة لاحتمال أن يكون الأمر بالعكس بناء على تنكير كل واحد منهما وإيهامه ، فاحتجج إلى الاستدلال على كون الأول منهما بأربعة والثاني بخمسة دون العكس بالتعليل الذي ذكره المصنف فلا غبار عليه أصلا . وأما الجواب فلأنه لو كان المذكور في الكتاب قول المستأجر لما صح تنكير عبدا في قوله ومن استأجر عبدا هذين الشهرين ، بل كان هو أحق بالتعريف من الشهرين لأن بملك يعلم أن الذي استأجره هو العبد الذي أجره المؤجر منه . على أن كون اللام في قول المستأجر للعهد إنما يتصور فيها إذا كان كلام المؤجر مقدما على كلام المستأجر في العقد ، وليس ذلك بلازم فإن أبا من المتعاقدين تكلم أولا يصير كلامه إيجابا ، فإذا قيل الآخر أزم العقد ، فحمل المذكور في الكتاب على قول المستأجر لا يقتضي تعريف الشهرين في هذه المسئلة على الإطلاق فيلزم تخصيص مسئلة الكتاب ببعض الصور ولا يخفى ما فيه . ثم أقول : لعل المصنف إنما عرف الشهرين في تقرير هذه المسئلة مخالفا لما وقع في عامة الكتب من تنكير ذلك إشعارا بأن جواب هذه المسئلة لا يتغير بتعريف لفظ الشهرين ، بل تنكير ذلك وتعريفه سيان عند تنكير شهرا في شهرا بأربعة وشهرا بخمسة لما يبيته في رد الشبهة آنفا . وقال بعض الفضلاء : يجوز أن يكون وضع المسئلة فيها إذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالتنكير ، وإنما ذكر المصنف معرfa نظرا إلى تعيينه المآلى حيث يتصرف إلى ما يلى العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف انتهى . أقول : ليس هذا بشيء أيضا ، إذ لا ينهض عليك أن قوله شهرا بأربعة وشهرا بخمسة من كلام المستأجر ، وأنه تخصيص للشهرين ، فلم يكن قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل كان من لفظ المصنف لزم أن يكون المجهول لفظ المصنف والمفصل لفظ المستأجر وهذا مما لا يرضيه العاقل . ثم أقول : بقى ما هنا كلام وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسئلة غير غنص بصورة أن يكون الأجير عبدا بل هو متمش في صورة إن كان حرا أيضا لعين الدليل المذكور في الكتاب ، فوجه ذكر هذه المسئلة في باب إجارة العبد غير واضح ، فإن المناسب أن يذكر فيه ما له اختصاص بالعبد من الأحكام وإلا فكثير من الأحكام المذكورة في الأبواب السابقة مشترك بين الحر والعبد . ولا يقال :

فقال المستأجر استأجرت هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة (قوله ومن استأجر عبدا شهرا بدهم الخ) ظاهر خلا قوله فيترجح بحكم الحال فإنه استشكل بأن الحال تصلح للدفع دون الاستحقاق ، ثم لو جاء المستأجر بالعبد وهو صحيح فالقول للمؤجر ويستحق الأجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس بناهض لأن المصنف أشار إلى دفعه بقوله وهو يصلح مرجحا إن لم يصلح حجة في نفسه .

بالتنكير ، وإنما ذكر المصنف معرfa نظرا إلى تيمه المآلى حيث يتصرف إلى ما يلى العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف قليلا .

وإن جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤجر) لأنهما اختلفا في أمر محتمل فيترجح بحكم الحال . إذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا إن لم يصلح حجة في نفسه أصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه .

(باب الاختلاف في الإجارة)

قال (وإذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط بل قميصا أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر وقال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب) لأن الإذن يستفاد من جهته ، ألا ترى أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله فكذلك إذا أنكر صفته ، لكن يحلف لأنه أنكر شيئا لو أقربه لزمه . قال (وإذا حلف فالخياط ضامن) ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار إن شاء ضمنه وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله . وكذا يخير في مسألة الصبغ إذا حلف إن شاء

إن كون الأجير عبدا أكثر من كونه حرا ، فبني الأدل على الأكثر ، إذ لا نسلم أن ذلك أكثر . بل الظاهر أن كون الأجير حرا أكثر لاستقلاله وكثرة احتياجه إلى الأجرة لإنفاق نفسه وعياله ، وأيضا لو كان بناء الأمر على ذلك لذكر سائر مسائل الأجير أيضا في هذا الباب ، والله الموفق للصواب .

(باب لاختلاف في الإجارة)

لما فرغ من بيان أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الأصل ذكر في هذا الباب أحكام اختلافها وهو الفرع . إذ الاختلاف إنما يكون بعارض (قوله وإذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار) يعني به ما مر قبل باب الإجارة الفاسدة في مسألة : ومن دفع إلى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدوهم فخطاه قبله ، وكذا في الشروح . واعترض بأن المتعاقدين كانا هناك متفقين على أن المأمور به خياطة القميص والأجير خالف فخطاه قباء ، وهما قد اختلفا في أصل المأمور به فعند اختلاف المستلئين كيف يتحد الجواب ؟ وأجيب بأنه اختلفت صورتا المستلئين ابتداء ولكن اعتدنا انتهاء لأنه ذكر هذا الحكم هنا بعد حلف صاحب الثوب ، ولما حلف كان القول قوله فلم يبق لخلاف الآخر اعتبار فكانتا في الحكم في الانتهاء سواء ، هذا خلاصة ما في النهاية

وبيانه أن الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد إليه في المدة ، ولكن تعارض كلامهما في عراض ما يوجب السقوط فجعل الحال مرجحا لكلام المؤجر لا موجبا للاستحقاق فهي في الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة ، والله أعلم .

(باب الاختلاف في الإجارة)

لما فرغ من ذكر أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الأصل ذكر أحكام اختلافهما وهو الفرع . لأن الاختلاف إنما يكون لعارض . قال (وإذا اختلف الخياط ورب الثوب الخ) إن اختلف المتعاقدان في الإجارة في نوع المعقود عليه كالقباء والقميص في الخياطة أو الحمرة والصفرة فالقول قول من يستفاد منه الإذن ، وهو صاحب الثوب عند علمائنا رحمهم الله ، لأنه لو أنكر أصل الإذن كان القول له ، فكذلك إذا أنكر صفته لكن بعد التحين لأنه أنكر ما لو أقربه لزمه . فإن حلف فهو

(باب الاختلاف في الإجارة)

(قال المصنف : لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله) أقول : في الشرح الشافعي : أي لو أنكر عقد الإجارة أصلا كان القول لصاحب الثوب انتهى . وفيه بحث .

ضمنته قيمة الثوب أبيض وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى . وذكر في بعض النسخ : يضمته ما زاد الصبغ فيه لأنه بمنزلة الغصب (وإن قال صاحب الثوب علمته في بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب) عند أبي حنيفة لأنه ينكر تقوّم عمله إذ هو يتقوّم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر (وقال أبو يوسف : إن كان الرجل حريفا له (أي خليطا له) فله الأجر وإلا فلا) لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جريا على معتادهما (وقال محمد : إن كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالأجر فالقول قوله) لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتبارا للظاهر ، والقياس ما قاله أبو حنيفة لأنه منكر . والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع والحاجة هاهنا إلى الاستحقاق والله أعلم .

والمنية ، وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن هذا الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال : ولك أن تقول إذا كان الحكم ذلك إذا اتفقا بالطريق الأولي إذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس انتهى . أقول : ليس ذلك بسديد . أما أولا فلأنهما إذا اتفقا على مخالفة المأمور به كان التعدي مقرا عندهما فيجب الضمان قطعا . وأما إذا اختلفا في المخالفة فلا تعدى على زعم الأجير في وجوب الضمان عليه نوع خفاء ، فكيف يصح أن يقال : إذا كان الحكم ذلك : أي الضمان إذا اتفقا بالطريق الأولي إذا اختلفا . وأما ثانيا فلأن مورد الاعتراض هو قول المصنف ، ومعناه ما مر من قبل . والمفهوم منه هو الاتحاد في الحكم لا التشبيه ، فما معنى قوله مع أن التشبيه غير القياس فهنا هو لفونها (قوله والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع والحاجة هاهنا إلى الاستحقاق) يعني أن الحاجة هاهنا إلى الاستحقاق لا إلى الدفع ، والظاهر إنما يكون حجة للدفع دون الاستحقاق . قال بعض

بالحيار إن شاء ضمنته وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى كما مر قبيل باب الإجارة الفاسدة في قوله ومن دفع إلى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بمرهم فخطه قباء . واعترض بأن هناك اتفق المتعاقدان على المأمور به والأجير خالف وهاهنا قد اختلفا في ذلك فكيف تكون هذه مثل تلك ؟ وأجيب بأنها مثلها انتهاء لا ابتداء ، لأنه ذكر هذا الحكم هنا بعد يمين صاحب الثوب ، ولما حلف كان القول قوله فلم يبق لخلاف الآخر اعتبار فكانتا في الحكم في الانتهاء سواء . وذكر في بعض نسخ القدوري يضمته : أي ضمنن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ ، فالأولى أعنى قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية ، والثانية أعنى قوله يضمته مازاد الصبغ فيه رواية ابن مبيعة عن محمد . وجه الظاهر وهو الأصح أن الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرص والصابون في عمل الغسال ، فلا يصير صاحب الثوب مشتريا بالصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب . ووجه رواية محمد أن الصباغ بمنزلة الغناصب والحكم في الغصب كذلك ، وإن اختلفا في وجود الأجرة فقال صاحب الثوب علمته في بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول لصاحب الثوب عند أبي حنيفة لأنه ينكر تقوّم عمله ، لأن تقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر . وقال أبو يوسف : إن كان الرجل حريفا له : أي خليطا له وذلك بأن تكررت تلك المعاملة بينهما بأجر فله الأجر وإلا فلا ، لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جريا على معتادهما . وقال محمد : إن كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالأجرة فالقول قوله ، لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتبارا للظاهر ، والقياس ما قاله أبو حنيفة رضي الله عنه لأنه منكر ، وما ذكرناه من الاستحسان مدفوع بأن الظاهر يصلح للدفع والحاجة هاهنا للاستحقاق لا للدفع .

(قوله واعترض بأن هناك اتفق المتعاقدان (الخ) أقول : ولك أن تقول : إذا كان الحكم ذلك إذا اتفقا بالطريق الأولي إذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس ، ودليل المستلزمين ماسيحه في التصيب من رعاية حق المجانين (قال للمصنف : وقال محمد : إن كان الصانع معروفا (الخ) أقول : قال الزيلعي : والفتوى على قول محمد انتهى . وما في النهاية والكفاية وغاية البيان قال شيخ الإسلام وعليه الفتوى ، وما في شرح الشافعي والفتوى على قول محمد انتهى . ذكره جدى الشيخ الإمام المحبوس من الله ثراه فشرح الجامع الصغير (قوله وما ذكرناه من الاستحسان مدفوع بأن الظاهر (الخ) أقول : فرق بين الظاهر والاستحسان ، فالأول يصلح للاستحقاق كأخبار الآحاد .

(باب فسخ الإجارة)

قال (ومن استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ) لأن المعقود عليه المنافع وإنها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ، ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البذل كما في البيع ، وإن فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر له ، وال سبه . قال (وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الإجارة) لأن المعقود عليه قد فات وهى المنافع المحصورة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر . ومن أصحابنا من قال : إن العقد لا يفسخ لأن المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فأشبهه الإباق في البيع قبل القبض . وعن محمد أن الأجر لو بناها ليس للمستأجر أن يتمتع ولا للأجر ، وهذا تنصيص منه على أنه لم يفسخ لكنه يفسخ (ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به .

الفضلاء : فرق بين الظاهر والاستصحاب ، فالأول يصلح للاستحقاق كأخبار الآحاد انتهى . أقول : المراد بالظاهر هاهنا ظاهر الحال ، وكون مثل هذا الظاهر حجة للاستحقاق ممنوع . وأما أخبار الآحاد فمعمول عما نحن فيه فلها من الأدلة النظرية الظنية توجب العمل دون العلم عند الجمهور على ما عرف في الأصول . وانه الموافق للصواب . وإليه المرجع والمآب .

(باب فسخ الإجارة)

(باب فسخ الإجارة)

تأخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة ، إذ الفسخ يعقب العقد لا محالة . قال (ومن استأجر دارا) ففسخ الإجارة لعبوب تضر بالمنافع التي وقعت الإجارة لأجلها ، وكذا بالأعذار عندنا خلافا للشافعي ، فإذا استأجر دارا (فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ) وكذا إذا استأجر عبدا للخدمة فذهبت كلتا عينيه ، وأما إذا كان عيبا لا يضر كحائط سقط لم يكن محتاجا إليه في السكنى أو ذهبت إحدى عيني العبد فلا فسخ له (قوله لأن المعقود عليه) دليل على ذلك . ووجهه أن المعقود عليه هو المنافع وأنها توجد شيئا فشيئا ، وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حادثا قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما في البيع ، وعلى هذا لا فرق بين أن يكون العيب حادثا بعد قبض المستأجر أو قبله ، لأن الذي حدث بعد قبض المستأجر كان قبل المعقود عليه وهو المنافع ، ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البذل كما في البيع فإن المشتري إذا رضى بالمبيع العيب ليس له الرد بعد ذلك ، وكذا إذا أزال المؤجر ما به من العيب لا خيار للمستأجر لزوال سببه (وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الإجارة) وهذا قول بعض أصحابنا . وصحح الثقل هذا القائل بما ذكر في كتاب البيوع ، ولو سقطت الدار كلها فله أن يخرج سواء كان صاحب الدار شاهدا أو غائبا فيه إشارة إلى أن عقد الإجارة يفسخ بانهدام الدار ، لأنه لو لم يفسخ العقد لشرط حضرة صاحب الدار لأنه رد بعيب وهو لا يصح إلا بحضرة المالك بالإجماع ، واستدل المصنف على ذلك بقوله (لأن المعقود عليه قد فات وهى المنافع المحصورة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد للمستأجر ، ومن أصحابنا من قال : إن العقد لا يفسخ . و) صحح الثقل بما روى هشام (عن محمد فيمن استأجر دارا فأنهدهم فيها المؤجر ليس للمستأجر أن يتمتع ولا للمؤجر ، وهذا تنصيص منه على أنه لم يفسخ لكنه يفسخ) واستدل على ذلك بأن المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فأشبهه إباق العبد المبيع (قوله ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به

(باب فسخ الإجارة)

لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته (لأنه جزء من المقود عليه . قال) وإذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت) لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز (وإن عقدها لغيره لم تنفسخ) مثل الوكيل والوصى والمتولى في الوقف لانعدام ما أشرنا إليه من المعنى .

ذكر باب الفسخ آخرًا لأن فسخ العقد بعد وجود العقد لا عالة فناسب ذكره آخرًا (قوله وإذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت ، لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز) قال في العناية : لأن الانتقال من المورث إلى الوارث لا يتصور في المنفعة والأجرة المملوكة لأن عقد الإجارة ينقصد ساعة فساعة على المنافع ، فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولًا بانتقال ما لم يملك المورث إلى الوارث . انتهى كلامه . أقول : فيه بحث ، لأنه قد مر في أول باب الأجر متى يستحق أن الأجرة تملك بأحد معان ثلاثة إما بشرط التعجيل ، أو بالتعجيل من غير شرط ، أو باستيفاء المقود عليه . فلو قلنا بالانتقال في صورتين الأولين فيها إذا مات المؤجر لم يلزم القول بانتقال ما لم يملك المورث إلى الوارث ، لأن المورث قد كان ملك الأجرة في حال حياته بتعجيل الأجرة أو بشرط تعجيلها ، فالتمثيل الذي ذكره صاحب العناية وإن تم في حق المنفعة لم يتم في حق الأجرة . والأظهر في تعليل هذه المسئلة أن يفصل فيستدل على انفساخ الإجارة بموت كل واحد من المؤجر والمستأجر بعله مسئلة كما وقع في الكافي وكثير من الشروح سببًا في النهاية نقلًا عن المبسوط حيث قال فيها : ولنا طريقان : أحدهما في موت المؤجر فنقول المستحق بالعقد المنافع التي يتحدث على ملك المؤجر

لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته لأنه جزء من المقود عليه) أورده استشهاده على أنه لا ينفسخ بانقطاع الماء . قال (وإذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت ، لأنه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز) لأن الانتقال من المورث إلى الوارث لا يتصور في المنفعة والأجرة المملوكة ، لأن عقد الإجارة ينقصد ساعة فساعة على المنافع ، فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولًا بانتقال ما لم يملك المورث إلى الوارث . وأما إذا عقدها لغيره كالوكيل والوصى والمتولى في الوقف (لم تنفسخ لانعدام ما أشرنا إليه) وهو صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز ، لأن الانتقال من المورث إلى الوارث لا يتصور في المنفعة والأجرة المملوكة ، فإنه في الابتداء كان واقعا لغير العاقد وبقي بعد الموت كذلك . ونوقض بما إذا استأجر دابة إلى مكان معين فأت صاحب الدابة في وسط الطريق فإن للمستأجر أن يركب الدابة إلى المكان المسمى بالأجر فقد مات أحد المتعاقدين وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد . وأوجب بأن ذلك للضرورة ، فإنه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة أخرى في وسط المفازة ، ولا يكون ثمة قاض يرفع الأمر إليه فيستأجر الدابة منه ، حتى قال بعض مشايخنا : إن وجد ثمة دابة أخرى يعمل عليها متاعه تنقضى الإجارة ، وكذا لو مات في موضع فيه قاض تنقضى الإجارة لأنه لا ضرورة إلى إبقاء الإجارة مع وجود ما ينافي البقاء وهو موت المؤجر ، وإذا ثبتت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري ، والمستحسن لا يورد نقضا على القياس كتطهير الحياض والأواني ، ونوقض بما إذا مات الموكل فإنه تنفسخ الإجارة ولم يعقد لنفسه وليس بلازم ، فإنه قد قلنا إن كلما مات العاقد لنفسه انفسخ ولم يلزم بأن كلما انفسخ يكون بموت العاقد لأن العكس غير لازم في مثله . ووجه نقضه هو أن المعنى الذي انفسخ العقد لأجله إذا مات العاقد لنفسه وهو ضرورة المنفعة المملوكة أو الأجرة المملوكة لغير من عقد

(قوله لأنه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به الخ) أقول : قوله به زائده لا خائل تحم به بل غل ، فإن المنفعة ليست بملوكة لوارث بالعقد وهو ظاهر ، ولعله زيادة من التلخيص ، ويجوز أن يقال اللام متعلق بمصلحة المستحق لبالملوكة ، وقوله لأنه ينتقل مبنًى على الفرض والتقدير ، والمعنى لو بقي العقد يلزم أن تصير المنفعة التي ملكها المستأجر بالعقد لقيام العقد وبقائه مستحقة لغير العاقد بالعقد . ثم قول : المراد من غير العاقد في قولنا مستحقة لغير العاقد بالعقد ووارث المبسوط .

قال (ويصح شرط الخيار في الإجارة) وقال الشافعي رحمه الله : لا يصح لأن المستأجر لا يمكنه ردّ العقود عليه بكماله لو كان الخيار له لقوات بعضه ، ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال ، وكل ذلك يمنع الخيار . ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة . وقوات بعض العقود عليه في الإجارة لا يمنع الردّ بخيار العيب ، فكذا بخيار الشرط . بخلاف البيع ، وهذا لأن ردّ الكل ممكن في البيع دون الإجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستأجر على القبض إذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة .

وقد فات ذلك بموته فتبطل الإجارة لقوات العقود عليه ، لأن رقة الدار تنقل إلى الوراث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقة لما أن الإجارة تتحدد في حق العقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة . وليس له ولاية إلزام العقد في ملك الغير . والطريق الآخر في موت المستأجر أنه لو بقي العقد بعد موته إنما يبقى على أن يخلفه الوراث والمنفعة المجردة لا توارث ، ألا ترى أن المستعير إذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة ، وقد بينا أن المستعير مالك للمنفعة ، وهذا لأن الوراثة خلافة ولا يتصور ذلك إلا فيما يبقى وتبين ليكون ملك المورث في الوقت الأول ويخلفه الوراث فيه في الوقت الثاني ، والمنفعة الموجودة في حياة المستأجر لا تبقى لتورث ، والتي تحدث بعدها لم تكن مملوكة له لخلفه الوراث فيها فالملك لا يسبق الوجود ، وإذا ثبت انتفاء الإرث تبين بطلان العقد كمقد النكاح يرتفع بموت الزوج لأن وارثه لا يخلفه فيه ، كذا في المبسوط ، إلى هنا لفظ النهاية (قوله وقال الشافعي لا يصح لأن المستأجر لا يمكنه ردّ العقود عليه بكماله لو كان الخيار له لقوات بعضه . ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار) أقول : في هذا الدليل الشافعي شيء ، وهو أنه قد تقرر عندهم أن الإجارة على نوعين : نوع يرد العقد فيه على العمل كاستئجار رجل على صيغ ثوب أو خياطة ، ونوع يرد العقد فيه على المنفعة كاستئجار دار للسكنى وأرض للزراعة ، والدليل المزبور لا يمتشى في النوع الأول أصلا لأن عدم إمكان ردّ العقود عليه بكماله وعدم إمكان تسليمه أيضا على الكمال إنما ينشأ من أن ينفذ شيء من العقود عليه بمضي مدة الخيار كما نبه عليه في الكافي والشروح ، وفي العقد على العمل لا ينفذ شيء من العقود عليه قبل العمل قطعا ، وكذا لا يمتشى في بعض من النوع الثاني ، وهو مالا يتعين العقود عليه فيه بالمدة بل يتعين بالتسمية ، كاستئجار دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما أو يركبها مسافة سهاها ، وإنما يمتشى ذلك فيما يتعين العقود عليه فيه بالمدة من النوع الثاني كاستئجار دار للسكنى فكان الدليل المزبور قاصرا عن إفادة ما ادعاه الشافعي من عدم صحة شرط

له مستحقة بالعقد موجودة فيه فالفسخ لأجله . قال (ويصح شرط الخيار في الإجارة) إذا استأجر دارا سنة على أنه أو المؤجر فيها بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز عندنا (وفي أحد قولي الشافعي : لا يجوز لأن الخيار إن كان للمستأجر لا يمكنه ردّ العقود عليه بكماله لقوات بعضه ، وإن كان للمؤجر فلا يمكنه تسليمه على الكمال لذلك ، وكل ذلك يمنع الخيار) وهذا بناء على أصله أن المنافع جعلت في الإجارة كالأعيان القائمة ، وقوات بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا ما هنا (ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس ، وكل ما هو كذلك جاز اشتراط الخيار فيه ، والجامع دفع الحاجة) فإنه لما كان عقد معاملة يحتاج إلى التروي لثلايق فيه العين (وقوات بعض العقود عليه في الإجارة لا يمنع الردّ بخيار العيب) كما تقدم (فكذا بخيار الشرط) قوله عقد معاملة احتراز عن النكاح . وقوله لا يستحق القبض فيه في المجلس احتراز عن الصرف فإن الخيار فيهما لا يصح . وقوله (بخلاف البيع) متعلق بقوله وقوات بعض العقود عليه (وإنما كان قوته في الإجارة لا يمنع الردّ وفي البيع يمنع ، لأن ردّ الكل في البيع يمكن دون الإجارة فيشترط فيه دونها) لأن التكليف إنما يكون بحسب الواسع (ولهذا) أي ولأن ردّ الكل ممكن في البيع دون الإجارة (يجبر المستأجر على القبض إذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة) لأن التسليم بكماله غير ممكن ، وهذا عندنا خلافا لشافعي ، قال في المبسوط : إذا استأجر دارا سنة فلم يسلمها إليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم أو لم يطلب ثم تمّا كما ليس للمستأجر أن يمنع من القبض في بقية السنة عندنا ، ولا للمؤجر أن يمنعه عن ذلك . وقال الشافعي رحمه الله : للمستأجر أن يفسخ

قال (وتفسخ الإجارة بالأعذار) عندنا . وقال الشافعي رحمه الله : لا تفسخ إلا بالعيب لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان . حتى يجوز العقد عليها فأشبه البيع . ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المقنونة عليها فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به ، إذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجب إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به . وهذا هو معنى العذر عندنا (وهو كمن استأجر حناديا ليقطع ضرره لوجع به فسكن الوجع أو استأجر طبائحا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلفت منه تفسخ الإجارة) لأن في المضي عليه إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد (وكذا من استأجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله ، وكذا من أجر دكانا أو دارا ثم أفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها إلا بثمن ما أجر فسخ القاضى العقد وباعها في الديون) لأن في الجري على موجب العقد إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لأنه قد لا يصدق على عدم مال آخر . ثم قوله فسخ القاضى العقد إشارة إلى أنه يقتصر إلى قضاء القاضى

الحيار في عقد الإجارة مطلقا فليأمل (قوله ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المقنونة عليها ، فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به الخ) قال ابن العز : القول بفسخ الإجارة بالأعذار وموت أحد المتعاقدين من غير نص ولا إجماع ولا قول صحابي بل بمجرد الاعتبار بالفسخ بالعيب فيه نظر فإنه عقد لازم ، ولا زالت الأعذار تحدث في عقود الإجازات وقد يموت أحد المتعاقدين قبل انقضاء المدة ، ولم ينقل عن الصحابة الفسخ بذلك ، ولو كانت الإجارة تقبل الفسخ بذلك لنقل لتوفر المصم على نقل مثله لاحتياج الناس إليه ، وقد نقل عنهم ما هو دون ذلك . وجهور العلماء على القول بعدم الفسخ للعذر ، وإن كانوا قد اعتبروا العذر الكامل فلو أكثرى من قطع ضرره فبرأ وانقطع قبل قلعه أو أكثرى كحالا ليكمل عينه فبرأت أو ذهبت فلا يقاس عليه ما هو دونه ، إلى هنا كلامه . أقول : نظره ساقط جدا ، إذ لا يلزم من أن لا يتحقق نص ولا إجماع ولا قول صحابي في حق فسخ الإجارة بالأعذار أن لا يصح القول بذلك ، فإن القياس أحد الأدلة الشرعية الأربعة على ما تقرّر في علم الأصول ، فيكفي تحقق ذلك في إثبات حكم شرعي ، وقد تحقق فيما نحن فيه كما أشار إليه المصنف بقوله فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به ، وبين الجامع بقوله إذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجب إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد ، وإنما لا يجوز الاستدلال بالقياس لورود نص يدل على خلاف ذلك ، أو انقضاء إجماع

العقد فيما بى بناء على الأصل الذي بينا أن المنافع عنده في حكم الأعيان القائمة ، فإذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يجزى فيما بى لاتحاد الصفقة وقد تفرقت عليه قبل التمام وذلك يثبت حق الفسخ . قلنا : الإجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفريق والصفقة ، وعلى هذا يكون قوله ولهذا يجزى المستأجر بيان فرع آخر لنا لاستشهادنا حيث لم يكن المصم قاتلا به . قال (وتفسخ الإجارة بالأعذار عندنا) تفسخ الإجارة بالأعذار عندنا (وعند الشافعي : لا تفسخ إلا بالعيب) بناء على ما مر مرارا (لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد عليها) فكانت كالبيع والبيع لا يفسخ بالعذر فكذا الإجارة (ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المقنونة عليها فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به) كالبيع (إذ المعنى المجوز للفسخ يجمع الإجارة والبيع جميعا ، وهو) أى المعنى الجامع (عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به ، وهذا هو معنى العذر عندنا) والشافعي مجوّج بما إذا استأجر رجلا ليقطع ضرره لوجع ثم زال الوجع ، أو استأجر إنسانا ليتخذ وليمة العرس فأتت العروس ، أو استأجر رجلا ليقطع يده لأكلة وقمت بها ثم برأت فإنه لا يجزى المستأجر على قطع العرس واتخاذ الوليمة وقطع اليد لعمالة ، لأن في المضي عليها إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد ، وكذا الباقي . ثم ذكر اختلاف الروايات في الاحتجاج إلى الحاكم . قال (ثم قوله) أى قول القديوى في المختصر (فسخ القاضى) إشارة إلى الانقضاء إليه

(قوله إن المنافع عنده بمنزلة الأعيان الخ) أقول : نفسها بدون إقامة الدار مقامها مثلا .

في النقص ، وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين . وقال في الجامع الصغير : وكل ما ذكرنا أنه عذر فإن الإجارة فيه تنتقض ، وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي . وجهه أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العقد بالفسخ . ووجه الأول أنه فصل مجتهد فيه فلا بد من إلزام القاضي . ومنهم من وقف فقال : إذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج إلى القضاء لظهور العذر . وإن كان غير ظاهر كالدين يحتاج إلى القضاء لظهور العذر (ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر) لأنه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لأنه ربما يذهب الحج فذهب وقته أو لطلب غريمه فحضر أو للتجارة فافتقر (وإن بدا للمكاري فليس ذلك بعذر) لأنه يمكنه أن يقعد ويبيع الثوب على يد تلميذه أو أجيره (ولو مرض المؤجر فقعد فكنا الجواب) على رواية الأصل . وروى الكرخي عن أبي حنيفة أنه عذر لأنه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار (ومن أجرة عبده ثم باعه فليس بعذر) لأنه لا يلازمه الضرر بالمضي على موجب عقد ، وإنما يفوته الاسترباح وأنه أمر زائد (وإذا استأجر الخياط غلاما فأفلس وترك العمل فهو العذر) لأنه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لقوات مقصوده وهو رأس ماله . وتأويل المسئلة خياط يعمل لنفسه ، أما الذي يخيط بأجر فرأس ماله الخيط والمحيط والمقراض فلا يتحقق الإفلاس فيه (وإن أراد ترك الخياطة وأن يعمل في الصرف فليس بعذر) لأنه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية ، وهذا بخلاف ما إذا استأجر دكانا للخياطة فأراد أن يتركها ويستغل بعمل آخر حيث جعله علرا ذكره في الأصل ، لأن الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين ، أما هاهنا العامل شخصان فأهكهما (ومن استأجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر) لأنه لا يعرى عن إلزام ضرر زائد لأن خدمة السفر أشق ،

على خلاف ذلك ، ولم يقع شيء منهما فيما نحن فيه ، وكون عقد الإجارة عقدا لازما وكثرة حدوث الأعدار في عقود الإجازات مما لا يقدح أصلا في العمل بالقياس في حكم فسخ عقد الإجارة بالأعدار ، وكذا مجرد أن لا يتقل الفسخ بذلك عن الصحابة لا يقدح في صحة القياس عند تحقق شرائطه . والحاصل أن جملة ما تشب به في ترويح نظره هنا أضعف من بيت العنكبوت ،

في النقص وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين . قال في الجامع الصغير : (وكل ما ذكرنا أنه عذر فإن الإجارة فيه تنتقض ، وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي) وذكر وجهه في الكتاب (وذكر في وجه الأول أنه فصل مجتهد فيه فلا بد من إلزام القاضي) وفيه ما مر غير مرة ، وصحح شمس الأئمة السرخسي ما ذكر في الزيادات ، وصحح قاضيخان والخبوب قول من وقف فقال : إذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج إلى القضاء لظهور العذر (أي لكونه ظاهرا) (وإن كان غير ظاهر) كالدين (يحتاج إلى القضاء لظهور العذر) أي لأن يظهر العذر (قوله ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر) أي ظهر له فيه رأى منعه عن ذلك ظاهر خلا مواضع بينها (قوله ومن أجرة عبده ثم باعه فليس بعذر) هو لفظ أصل الجامع الصغير ، لكن هل له أن يبيع بعد ما أجرة اختلطت ألفاظ الروايات . وقال شمس الأئمة : الصحيح من الرواية أن البيع موقوف على سقوط حق المستأجر ، وليس للمستأجر أن يفسخ البيع وإليه مال الصلر الشهيد . وقوله (أما الذي يخيط بأجر فرأس ماله الخيط والمحيط والمقراض فلا يتحقق الإفلاس) قيل : وقد يتحقق إفلاسه بأن تظهر خيائته عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب إليه ، أو بطلحه ديون كثيرة ويصير بحيث أن الناس لا يأتمنونه على أمتعتهم (قوله ومن استأجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر)

(قوله وفيه ما مر غير مرة) أقول : من أنخلخل الشافعي متأخر فكيف يبيئ أئمتنا مقالوا من جواب المسئلة على خلافه . وجوابه حل الاجتهاد على اجتهاد من تقدم ودعوى انتفاؤه غير مسلمة : (قال المصنف : ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له البيع) أقول : فاعل بدمافسر والمضي بدا له رأى : أي ظهر له رأى يمنعه من السفر .

وفي المنع من السفر ضرر ، وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون علرا (وكذا إذا أطلق) لما مر أنه يتقيد بالحضر ، بخلاف ما إذا أجر عقارا ثم سافر لأنه لا ضرر إذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المقود عليه بعد غيبه ، حتى لو أراد المستأجر السفر فهو علر لما فيه من المنع من السفر أو إلزام الأجر بكون السكنى وذلك ضرر .

(مسائل متشورة)

قال (ومن استأجر أرضا أو استعمرها فأحرق الحصائد فاحترق شيء من أرض أخرى فلا ضمان عليه) لأنه غير متعدي في هذا التسيب فأشبه حافر البئر في دار نفسه . وقيل هذا إذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت ، أما إذا كانت مضطربة يضمن لأن موقد النار يعلم أنها لا تستقر في أرضه . قال (وإذا أقعد الخياط أو الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز)

ثم إن ما ذكره كله متقوض بما اعترف به من أن العنبر الكامل معتبر ، فإنه لم يرد في ذلك العنبر أيضا نص ولم يعتقد عليه إجماع ولم ينقل عن الصحابة فيه شيء . فالمدار في ذلك أيضا هو القياس .

(مسائل متشورة)

أي مسائل نثرت عن أماكنها وذكرت هنا تلافيا لما فات (قوله وإذا أقعد الخياط أو الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز) صورة المسئلة : إذا كان للخياط أو الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله وجاهة ولكنه غير حاذق فيقعد في دكانه رجلا حاذقا ليتقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على أن ما أصابا من شيء فهو بينهما نصفان ، وهذا في القياس فاسد ، لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعة والمنفعة لا تصلح رأس مال الشركة ، ولأن المتقبل للعمل إن كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف وهو مجهول ، لأن الأجرة إذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت

قيل : فإن قال المؤجر إنه لا يريد السفر ولكنه يريد فسح الإجارة وأصر المستأجر على دعوى السفر فالقاضي يسأله عن مسافر معه ، فإن قال فلان وفلان فالقاضي يسأله أن فلانا هل يخرج معكم أو لا ؟ فإن قالوا نعم ثبت العنبر وإلا فلا . وقيل : ينظر القاضي إلى زيه وثيابه ، فإن كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافرا وإلا فلا . وقيل : إذا أنكر المؤجر السفر فالقول قوله . وقيل : يغلف القاضي المستأجر بالله إنك عزمته على السفر ، وإليه مال الكرخي والقنطوري رحمهما الله .

(مسائل متشورة)

معنى المسائل المتشورة قد تقدم ، وحصد الزرع : أي جذه ، والحصاد جمع حصيد وحصيلة وهما الزرع المحصود ، والمراد بها هاهنا ما يبيى من أصول القصب المحصود في الأرض ، ومعناه ظاهر . وقيل هذا إذا كانت الرياح هادئة . قال في النهاية : بالنون من هدن : أي سكن . وفي نسخة هادئة من هدا بالهمز : أي سكن ، وهذا التخصيص الذي ذكره من المادة والمطربة اختيار شمس الأئمة السرخسي (قوله وإذا أقعد الخياط الخ) يعني إذا كان الخياط أو الصباغ معروفا وهو رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق فأقعد في دكانه رجلا حاذقا ليتقبل صاحب الدكان العمل من الناس ويعمل الحاذق وجعلا ما يحصل من الأجرة بينهما نصفين جاز استحصانا . وفي القياس لا يجوز لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعة وهي لا تصلح رأس مال الشركة . ولأن المتقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل أجيره بالنصف وهو مجهول ،

(مسائل متشورة)

(قوله فيكون العامل أجيره بالنصف وهو مجهول) أقول : وأيضا هو من قبيل تقييد الطحان .

لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة ، فهذا بوجاهته يقبل وهذا بمخلافته يعمل فينتظم بذلك المصاحبة فلا تضربه الجهالة فيما يحصل . قال (ومن استأجر جلا ليحمل عليه محملا وراكبين إلى مكة جاز وله الحمل المعتاد) .

مجهولة لأحالة ، وإن كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من مكانه بنصف ما يعمل وذلك أيضا مجهول . والطحاوي أخذ في هذه المسئلة بالقياس وقال : القياس عندى أولى من الاستحسان . وفي الاستحسان : يجوز هذا لأن هذا شركة التقبل في العمل بأبدانها سواء ، فيصير رأس مال أحدهما التقبل ورأس مال الآخر العمل ، وكل واحد منهما ينبى به الأجر فيجاز ، كذا في النهاية والكفاية . وقال صاحب العناية : وجه الاستحسان أن هذه ليست بإجارة وإنما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لأن شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحداقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها اه كلامه . ورد عليه بعض الفضلاء قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس حيث قال فيه : بحث ، فإن تعين أحدهما لتولى القبول ليس يلزم في شركة التقبل ، ولعل مراده كونه من متاولاتها في العبارة مساحاة اه . أقول : منشأ توهم جعل الواو في قول صاحب العناية وأحدهما يتولى القبول للمعطف وحمل المعنى على بيان تعين أحدهما لتولى القبول في شركة التقبل ، وليس شيء من ذلك بمراد ، بل الواو فيه للحال . والمعنى أن شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما حال كون أحدهما يتولى القبول من الناس فيفهم منه بطريق الأولوية كون الضمان عليهما حال أن يتوليا القبول من الناس معا فيصير قول صاحب العناية هنا بمنزلة قول صاحب الكافي لأن تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وإن كان أحدهما يتولى القبول من الناس بلحاهم والآخر يتولى العمل لحداقته اه . فلا يخلو في عبارة صاحب العناية ولا مساحاة . ثم اعلم أن صاحب العناية ليس بمفرد في التعبير بتلك العبارة ، بل سبقه إليه صاحب معراج الدراية حيث قال : لأن تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس بلحاهم والآخر يتولى العمل لحداقته وهو متعارف ووجب القول بصحته انتهى (قوله لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بمخلافته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضربه الجهالة فيما يحصل) قال الإمام الزبيلى في شرح الكنز : قال صاحب الهداية : هذه شركة الوجوه في الحقيقة ، فهذا

وإن تقبل العمل العامل كان مستأجرا لموضع جلوسه من مكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول ، والطحاوي رحمه الله مال إلى وجه القياس وقال : القياس عندى أولى من الاستحسان وجه الاستحسان أن هذه ليست بإجارة وإنما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل ، لأن شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحداقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها قال صلى الله عليه وسلم « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » فإن قيل : شركة التقبل هي أن يشتركا على أن يتقبلا الأعمال وهماذا ليس كذلك بل هما اشتركا في الحاصل من الأجر . أجيب بأن الشركة في الخارج تقتضى إثبات الشركة في التقبل فثبت فيه اقتضاء ، إذ ليس في كلامهما إلا تخصيص أحدهما بالتقبل والآخر بالعمل ذكرا ، وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي معاده فأمكننا إثبات الشركة في التقبل اقتضاء فكأنهما اشتركا في التقبل صريحا ، ولو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل أحدهما وعمل الآخر جاز فكنا هذا . هذا هو المذكور في عامة الشروح لما ذكره المصنف فإنه قال : لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة ، ولكن قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بمخلافته يعمل أنسب بشركة التقبل والله أعلم . وإذا كانت شركة لا إجارة لم تضربه الجهالة فيما يحصل كما في الشركة . وقوله (ومن استأجر جلا ليحمل عليه محملا)

(قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس) أقول : فيبحث ، فإن تعين أحدهما لتولى القبول ليس يلزم في شركة التقبل ، ولعل مراده كونه من متاولاتها في العبارة مساحاة (قوله أجيب بأن الشركة في الخارج) أقول : يعنى الخارج من العمل (قال المصنف : لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة الخ) أقول : قال صدر الشريعة في شرح الوافية : في الهداية حمله على شركة الوجوه ، وفيه نظر لأنه شركة التقبل والصنائع فكان صاحب الهداية أطلق شركة الوجوه عليهما لأن أحدهما يتقبل العمل بوجاهته انتهى . ولا يخفى عليك أن في قوله في الحقيقة نوع نبوة من هذا .

وفي القياس لا يجوز ؛ وهو قول الشافعي للجهالة وقد يقضى ذلك إلى المنازعة . وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب وهو معلوم والحمل تابع ، وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المعارف فلا يقضى ذلك إلى المنازعة وكذا إذا لم ير الوطاء والدثر . قال (وإن شاهد الجمال الحمل فهو أجود) لأنه أننى للجهالة وأقرب إلى تحقق الرضا . قال (وإن استأجر بعيرا ليحمل عليه مقلدا من الزاد فأكل منه في الطريق جاز له أن يرد عوض ما أكل) لأنه استحق عليه حملا مسمى في جميع الطريق فله أن يستوفيه (وكذا غير الزاد من المكيل والموزون) ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالإطلاق .

بوجاهته يقبل وهذا بمذاقته يعمل ، فيه نوع إشكال ، فإن تفسير شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا شيئا بوجوهما وبهما وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف يتصور أن تكون شركة الوجوه ، وإنما هي شركة الصنائع على ما بينا ، إلى هاهنا كلامه . أقول : ليس مراد المصنف بشركة الوجوه في قوله لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة ما هو المصطلح عليه المار في كتاب الشركة بل مراده بها هاهنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجهة يرشد إليه قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بمذاقته يعمل فينبغي الإشكال ، ولا يمتنع كونها شركة الصنائع والتقبل على المعنى المصطلح عليه في كتاب الشركة . وقال صدر الشريعة في شرح الوفاية : ففي المداية حله على شركة الوجوه . وفيه نظر لأنه شركة الصنائع والتقبل ، فكان صاحب المداية أطلق شركة الوجوه عليها لأن أحدهما يقبل العمل بوجاهته ، إلى هنا كلامه . وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة : ولا يتحقق عليك أن في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا انتهى . أقول : إن قول المصنف في الحقيقة ليس للاحتراز عن كونها شركة أخرى بل هو للاحتراز عن كونها إجارة . وأن مراده بالحقيقة ما يقابل الظاهر والصورة لا ما يقابل المجاز . فالمنع أن هذه المعاملة وإن كانت بحسب الصورة وظاهر الحال عقد إجارة بالنصف إلا أنها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه : أى عقد شركة التقبل بالوجهة فلا نبوة عن هذا في شيء تأمل تقف .

ظاهر . والوطاء الفرائش . والدثر جمع دثار وهو ما يلقى عليك من كساء أو غيره (قوله ورد الزاد معتاد) جواب عما يقال مطلق العقد ينصرف إلى المعارف ، ومن عادة المسافرين أنهم يأكلون من الزاد ولا يردون شيئا مكانه . ووجهه أن العرف مشترك فإنه معتاد عند البعض كرد الماء ، والعرف المشترك لا يصلح مقيدا فلا مانع من العمل بالإطلاق ، وهو أنهما أطلقا العقد على حمل قدر معلوم في مسافة معلومة ، ولم يقيد بعدم رد ما نقص من المجهول فوجب جواز رد قدر ما نقص عملا بالإطلاق وهو عدم المانع ، والله أعلم .

(كتاب المكاتب)

قال (وإذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتباً) أما الجواز فلقوله تعالى

(كتاب المكاتب)

قال صاحب النهاية : أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة . وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والمبة والطلاق والعناق أقول : إن قوله وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعناق مستلزم بل مختل . لأنه يرد عليه أن يقال : إن وقع الاحتراز

(كتاب المكاتب)

قال في النهاية : أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة . ولهذا وقع الاحتراز عن البيع والمبة والطلاق والعناق : يعني أن قوله بمقابلة ما ليس بمال يخرج به البيع والمبة بشرط العوض . وقوله بطريق الأصالة يخرج به النكاح والطلاق والعناق على مال ، فإن ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة . وذكر في بعض الشروح أن ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العناق كان أنسب ، ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العناق لأن الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من أحكام العنق أيضاً ، وليس كذلك لأن العنق إخراج الرقبة عن الملك بلا عوض . والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعة لغيره ، وهو أنسب للإجارة لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات ، وقدم الإجارة لشيئها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان أنسب بالتقديم . والكتابة عقد بين المولى وعبيده بلفظ الكتابة وما يؤدي معناه من كل وجه ، فقوله عقد يخرج تعليق العنق على مال ، فإن المراد به ما يحتاج إلى إيجاب وقبول ، وذلك غير مشروط في التعليق ، فإن التعليق يتم بالمولى ، كذا في النهاية . وأما الإعتاق على مال فإنه وإن كان عقداً لاحتياجه إلى إيجاب والقبول لكنه يخرج بقوله بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه ، والفرق بينهما من حيث المعنى أن المكاتب بالعجز يعود رقيقاً دون العنق على مال . وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء بالمقتدر . وشرطها قيام الرق في المحل وكون المسمى مالا معلوما قدره وجنس . وحكمها من جانب العبد انشكاك الحجر في الحال وثبوت ملك اليد حتى يكون للمكاتب أحق بمكاسبه وثبوت الحرية إذا أدى بدل الكتابة ، وفي جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل في الحال إن كانت حالة ، والملك في البدل إذا قبضه . وألفاظها للبدل على ذلك قوله لعبيده كاتبك على مائة دينار إذا قال قبلت كان ذلك كتابة ، ولو قال جعلت عليك ألفاً تؤولها إلى نحو ما أوك نجم كذا وأخره كذا : فإذا أدبها فأنت حر وإن عجزت فأنت وقيق كان كتابة . قال (وإذا كاتب المولى عبده أو أمته النخ) إذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه

(كتاب المكاتب)

قال العمري في شرح المنهاج : الكتابة تعليق عتق بصفة تقيمت معارضة متجمة ، ولفظها إسلامي لا يعرف في الجاهلية . قيل وأول من كتب عبداً لغيره الله تعالى له أبو أمية (قوله وذكر في بعض الشروح) أقول : يعني غاية البيان (قوله ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي الخ) أقول : عبارة الإقتاضي . ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العناق ،

- فكتابهم إن علمتم فيهم خيرا -

بهذا الذى ذكره عن غير تلك الأشياء الثلاثة أيضا ، فإ معنى تخصيص تلك الثلاثة بالذكر ؟ وإن لم يقع الاحتراز به عن غيرها فإ فائدة بيان وقوع الاحتراز به عن تلك الثلاثة فقط ، إذ يقتضى حينئذ ما ذكره في وجه المناسبة بغيرها من الأغيار . وبعبارة أخرى أنه إن وجب الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن لزم أن لا يتحقق شيء من تلك الوجوه في غير ما ذكر فيه فيلزم فيها نحن فيه الاحتراز عن جميع ما عداه ، فلا معنى لتخصيص الاحتراز عن تلك الأشياء الثلاثة بالذكر وإن لم يجب الاطراد فيها ، بل كفى تحقق كل منها فيا ذكر فيه سواء تحقق ذلك في غيره أيضا أم لا لم يكن فائدة في بيان وقوع الاحتراز بما ذكره وفيما نحن فيه عن تلك الأشياء الثلاثة ، سيما إذا لم ينحصر ما يقع الاحتراز بذلك عنه في تلك الثلاثة . والصحيق أن المناسب في وجوه المناسبات بين هذه الكتب هو الاطراد ، وأن الوجه الذى ذكره صاحب النهاية هاهنا ليس بمحقق في غير ما نحن فيه أصلا كما يظهر بالتأمل الصادق فكان مطردا ، فلا وجه لتخصيص تلك الأشياء الثلاثة بالذكر من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجه . ثم إن صاحب العناية نقل ما ذكر في النهاية وبين المراد منه حيث قال : قال في النهاية : أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة المناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة ، وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والمبة والطلاق والعتاق ؛ يعنى أن قوله بمقابلة ما ليس بمال يخرج به البيع والمبة بشرط العوض . وقوله بطريق الأصالة يخرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال ، فإن ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة ، إلى هنا لفظ العناية . أقول : في كل واحد من نقله وبينانه اختلال . أما في نقله فلأن المبة غير مذكورة في شيء من نسخ النهاية ، وقد ضمها في النقل إلى البيع والطلاق والعتاق . وأما في بيانه فلأنه قيد المبة في البيان بشرط العوض وأطلقها في أثناء النقل ، ولا شك أن قوله بمقابلة ما ليس بمال يخرجها عن الإطلاق ، إذ المبة بلا شرط عوض لا مقابلة فيها أصلا فتخرج بقوله بمقابلة ما ليس بمال كما تخرج به المبة بشرط العوض فلا وجه للتصديق في البيان . وأيضاً لم يكن النكاح مذكوراً في نسخ النهاية ولا فيها نقله عنها ، وقد تعرض في البيان لخروج النكاح أيضا بقوله بطريق الأصالة ، ولا يخفى ما فيه . وأيضاً كان الطلاق والعتاق مطلقين في المنقول ، وقد قيد ما في البيان بكونهما على مال وجعلهما خارجين بقوله بطريق الأصالة ، ولم يذكر خروج الطلاق والعتاق بغير مال بشيء من القيد مع أنهما يخرجان بقيد المقابلة في قوله بمقابلة ما ليس بمال كما ذكرنا في المبة بلا شرط عوض فتأمل . وقال صاحب غاية البيان : إن ذكر المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب ، ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق لأن الكتابة مآله العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا انتهى . ونقله صاحب العناية فزيه حيث قال : وذكر في بعض الشروح أن ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب ، ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق لأن الكتابة مآله الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضا ، وليس كذلك لأن العتق لإخراج الرقبة عن الملك بلا عوض ، والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة

بما ذكرنا من الألفاظ الدالة على ذلك وقبل العبد ذلك صار مكاتباً . أما جواز هذا العمل من المولى فلقوله تعالى - فكتابهم إن علمتم فيهم خيراً - ودلالته على مشروعية العقد لا تخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الأمر للرجوع أو لغيره . ولما كان مقصود المصنف رحمه الله بيان حكم آخر خلاف المشروعية وهو أن الكتابة عقد واجب أن يعمل أو مندوب أو مباح تعرض

ولأن الكتابة مآله العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا انتهى . وبهذا يظهر لك تصرف الشارح في عبارته وتغييره إلى مالا يرشاه صاحبه ، فإن ذكره الولاء لبيان منفيته للعتاق لا لبيان مناسبة للمكاتب العتاق . وقوله والكتابة ليست كذلك إن أراد أنها لا يخرج فيه فهو كالكابرة ؛ ألا يرى أنه لإخراج اليد حالا والرقبة مالا ، وإن أراد أنها ليست بلا عوض فلم ولا تمس الحاجة إلى المناسبة في جميع أجزائه مفهوم مع أن اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم أيضا ، وكيف والعتق على مال باب من أبوابه ، وقوله لأن نسبة الثلاثيات أولى من نسبة العرضيات على تأمل فليتأمل .

لشخص ومنفعته لغيره ، وهو أنسب للإجارة لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات ، إلى هنا لفظ العناية . أقول : في نقله خطأ ، لأن المذكور في كلام صاحب الغاية لأن الكتابة مآلها العتق . وقد قال صاحب العناية في النقل لأن الكتابة مآلها الولاء . وبينهما بون ، ولا يخفى أن مقصود صاحب العناية بقوله لأن الكتابة مآلها العتق بيان المناسبة بين العتاق والكتابة . وقوله والولاء حكم من أحكام العتق أيضا بيان المناسبة بين العتاق والولاء أيضا . وكأنَّ صاحب العناية حسب مجموع الكلامين بيانا للمناسبة بين العتاق والكتابة وقوع فيا وقع من تغيير العبارة في النقل تدبر . ثم إن بعض الفضلاء بعد ما تنبه لما في نقل صاحب العناية من الخروج عن سنن السداد قصد رد ترقيقه أيضا فقال : وقوله والكتابة ليست كذلك إن أراد به أنها لا إخراج فيه فهو كالمكابرة ، ألا يرى أنه إخراج اليد حالا والرقبة مآلا ، وإن أراد به أنها ليست بلا عوض فسلم ولا تمس الحاجة إلى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه مع أن اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف والعتق على مال باب من أبوابه . وقوله لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محل تأمل ، إلى هنا كلامه . أقول : يمكن دفع ذلك كله بأن مراد صاحب العناية أن العتق إخراج الرقبة عن الملك حال بلا شرط عوض ، والكتابة ليست كذلك : أي ليس فيها إخراج الرقبة عن الملك حالا وليس بلا شرط عوض بل هي بشرط عوض فيسقط ما ذكره ذلك القائل في كل من شئ تردده . أما سقوط ما ذكره في شقه الأول فلائه لا شك في أن ليس في الكتابة إخراج الرقبة عن الملك حالا وإن وجد فيها مطلق الإخراج . وأما سقوط ما ذكره في شقه الثاني فلائ الكلام في الأنسية لا في مجرد المناسبة فلا تمحيص لقوله ولا تمس الحاجة إلى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه . ثم إنه لما كان مراد صاحب العناية بقوله بلا عوض بلا شرط عوض لا بشرط لا عوض كما نبأ عليه من قبل لم يفتد بقوله ذلك القائل ، مع أن اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم ، لأن اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق مما لا يذميه أحد . وإنما يلزم ذلك أن لو كان المراد بقوله بلا عوض بشرط لا عوض ، وأما إذا كان المراد به بلا شرط عوض فيعزم ما بشرط العوض أيضا ، إذ قد تقرر في موضعه أن بلا شرط شيء أعم من بشرط شيء ، ومن بشرط لشيء فيصير المعتبر في مفهوم العتق انتفاء اعتبار العوض لا اعتبار انتفاء العوض فيدخل فيه العتق على مال لأن عدم اعتبار شيء ليس اعتبار عدمه كما عرف . ثم إن مراد صاحب العناية بالذاتيات في قوله لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات ما هو الداخلة في المفهوم ، وبالعروضيات ما هو الخارج عنه . إذ قد تقرر في موضعه أن الذاتيات في الأمور الاعتبارية ما اعتبره المعتبر داخلا فيها ، والعروضيات ما اعتبره خارجا عنها ، بخلاف حقائق النفس الأمرية ، ففي الكتابة كون ملك الرقبة لشخص وهو المولى وكون المنفعة لغيره وهو المكاتب داخلا في مفهومها المعتبر عند أهل الشرع ، وأما العتق فأمر خارج عن مفهومها ، وإنما هو مآلها الحاصل عند أداء كل البذل ، وكذا الولاء أمر خارج عنه فإنه حكم من أحكام العتق فكان مناسبة الكتابة بالإجارة من حيث الذاتية والعتق من حيث العرضية فكانت أنسب للإجارة من العتق . ثم إن كثيرا من الشراح قالوا : وقدم الإجارة لتبنيها بالبيع من حيث التملك والشرائط فكان أنسب بالتقديم . ثم أقول : هذا أمر عجيب منهم ، فإن مجرد شبهها من بعض الحشيشات بالبيع الذي من بينه وبينها كتب كثيرة غير شبيهة بالبيع من تلك الحشيشات وغيرها ، فكيف يجعل ماهنا وجها لتدعيمها على الكتابة ، وحل تقبله القطرة السليمة . والحق عندي أن وجه تقديم الإجارة هو المناسبة الكائنة بينها وبين ما ذكر قبلها المبينة في صدر كتاب الإجارات فإن تلك المناسبة لما اقتضت ذكر الإجارة صفي ما ذكر قبلها وهو الية اقتضت أيضا بالضرورة تقديم الإجارة على المكاتب ولا يفوت أمر التصحيح . ثم إن صاحب العناية قال : الكتابة عقد بين المولى وعهده بلفظ الكتابة أو ما يؤدى عنه من كل وجه اهـ . أقول : هذا تعريف حال عن التحصيل قريب من تعريف الشيء بنفسه ، فإن من لا يعلم معنى الكتابة في الشرع لا يعلم أن العقد الجارى بين المولى وعهده بلفظ الكتابة أو ما يؤدى عنه ما ذا بل معرفة الثاني تتوقف على معرفة الأول كما لا يخفى . ولعل الباحث

لذلك بقوله : وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع الفقهاء ، وأشار بذلك إلى نفي قول من يقول إذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم

وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء ،

على وقوع صاحب العناية في هذا المضيق أن صاحب النهاية لما قال : وأما الكتابة شرعا فإنها عبارة عن عقد بين المولى والعبد بانقضاء الكتابة أو بلفظ يؤدي معناه من كل وجه على مايجيء على أداء العبد مالا معلوما لمقابلته عتق يحصل له عند أدائه اهـ . حسب صاحب العناية أن تعريف الكتابة شرعا قد انتهى عند قوله أو بلفظ يؤدي معناه من كل وجه قطع به الكلام في كتابه . وليس الأمر كما حسه فإن قول صاحب النهاية على أداء العبد مالا معلوما الخ من تمام التعريف متعلق بقوله عقد بين المولى والعبد بيان للمعقود عليه والمعقود به فيحصل بالجموع معرفة معنى الكتابة شرعا كما ترى ، ثم إن الأظهر في تعريفها الشرعى ما ذكر في الكافي والكفاية بأن يقال : الكتابة التحرير يدا في الحال ورقية عند أداء المال ، وما ذكر في الوقاية وغيره بأن يقال : الكتابة إعتاق المملوك يدا حالا ورقية مالا فليقتصر (قوله وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء) قال تاج الشريعة وصاحب الكفاية : خص الفقهاء ، لأن عند أصحاب الظواهر كسلود الأصمهاني ومن تابعه أن هذا أمر إيجاب ، حتى إذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه أن يكتبه اهـ . أقول : بقي إشكال ، وهو أن صاحب الكشف قال في تفسير هذه الآية : وهذا الأمر للندب عند عامة العلماء . وعن الحسن : ليس ذلك يزم إن شاء كاتب وإن شاء لم يكتب . وعن عمر رضى الله عنه : هي عزمة من عزومات الله . وعن ابن سيرين مثله ، وهو منسوب داود اهـ . فعلى هذا كيف يتم القول بأن هذا الأمر ليس للإيجاب بإجماع بين الفقهاء وعمر رضى الله عنه من أجله الصحابة المعروفين بالفقه والرواية ، وابن سيرين رحمه الله تعالى من أعيان التابعين وكبار الفقهاء والصالحين ، وعن هذا قالوا : جالس الحسن أو ابن سيرين ، فقول عمر وابن سيرين بالوجوب يتناقض ادعاء الإجماع بين الفقهاء في أن ليس هذا الأمر للإيجاب ، اللهم إلا أن يقال : إن ما ذكر في الكشف إنما يدل على أن الوجوب في هذا الأمر رواية محضة عن عمر وابن سيرين لأنه مذهبهما المقرر ، وكلام المصنف بناء على ما كان مذهبا مقررًا بين الفقهاء فتأمل . وقال صاحب مراجع الدراية : ويقولوه بإجماع الفقهاء يمتاز عن قول داود ومن تابعه وعمر بن دينار وعطاء . ورواية صاحب التصريف من أصحاب الشافعي ورواية عن أحمد ، فلهزم قالوا : تجب الكتابة إذا سأل العبد إذا كان ذا أمانة وذاكسب ، إذ الأمر يفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية اهـ كلامه . أقول : فيه نظر ، فإن كثيرا من هؤلاء فقهاء سبوا الشافعي وأحمد ، فكيف يتم الاحتراز بقوله بإجماع الفقهاء عن قولهم بالإيجاب في هذا الأمر ، وقولهم بذلك يتناقض ادعاء إجماع الفقهاء على عدم الإيجاب في هذا الأمر فأنى يصح الاحتراز به عنه ، اللهم إلا أن يكون مدار الاحتراز على عدم تسليم فقه بعضهم وعلى عدم تسليم ثبوت قول بعضهم بذلك بناء على عدم الاعتداد برواية القول بذلك فتأمل (قوله وإنما هو أمر ندب هو الصحيح) هذا احتراز عما قال بعض مشايخنا : إن الأمر للإباحة لا للندب كما في قوله تعالى - وإذا حلتم فاصطادوا - وقوله تعالى - إن علمتم فيهم خيرا - مذكور على وفاق العادة ، فإنها جرت على أن المولى إنما يكتب عبده إذا علم فيه خيرا ، كذا في الشرع . أقول : بهذا وبما مر آتفا من قول بعض العلماء يكون الأمر فيه للوجوب يظهر اختلال ما ذكره الإمام الزاهد

المولى فيه خيرا وجب عليه أن يكتبه لأن الأمر للوجوب . وقال : إنما هو أمر ندب هو الصحيح احتراز عما قال بعض مشايخنا إن الأمر للإباحة كقوله تعالى - وإذا حلتم فاصطادوا - وقوله - إن علمتم فيهم خيرا - مذكور على وفاق العادة ، فإنها جرت على أن المولى إنما يكتب عبده إذا علم فيه خيرا . وقال : ففي الحمل على الإباحة إلغاء للشرط بيان لكونه للندب . وتقديره أن في الحمل على الإباحة إلغاء الشرط لأنها ثابتة بدونه بالاتفاق ، وكلام الله تعالى منزّه عن ذلك ، وفي الحمل على الندب إعمال له لأن التدنية المتعلقة به وذلك لأن المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم أن لا يضر بالمسلمين بعد الحق ، فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكتبه ، وإن فعل صح فيجب حمله على الندب . وأما اشتراط القبول من العبد فلا يزمه فلا بد من الالتزام ولا

(قوله وتقديره أن في الحمل على الإباحة إلغاء الشرط) أقول : فيه أن مفهوم الشرط لاعتبار له عندنا مع أن الشارع ذكره ذكره على وفاق العادة (قوله وذلك لأن المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه على هذا التفسير لا يلزم إلغاء الشرط

ولأنما هو أمر نذوب هو الصحيح ، وفي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط إذ هو مباح بدونه . أما النذبة معلقة به ، والمراد بالخبر المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق ، فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكتبه وإن كان يصح لو فعله . وأما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يمتنع إلا بأداء كل البذل لقوله عليه الصلاة والسلام « أما عبد كوتب على مائة دينار فأدّاها إلا عشرة دنائير فهو عبد » وقال عليه الصلاة والسلام « المكاتب عبد ما بئى عليه درهم » وفيه اختلاف الصحابة رضى الله عنهم ، وما اختارناه قول زيد بن ثابت رضى الله عنه ،

في شرح مختصر القندورى في المقام حيث قال : وإنه للندب بإجماع الأمة انتهى . إذ قد علم منهما أن كون الأمر للندب في - فكتابتهم - ليس بما وقع عليه إجماع الأمة بل وقع فيه اختلافهم ولكن المختار هو القول بأنه للندب كما هو ملتبس أكثر العلماء (قوله وفي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط إذ هو مباح بدونه) تقريره أن في الحمل على الإباحة إلغاء الشرط وهو قوله - إن علمت فيهم خيرا - لأن الإباحة ثابتة بدونه بالاتفاق ، وكلام الله منزع عن ذلك ، وكذا في العناية وغيرها . واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه : إن مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا اه . أقول : هذا ساقط ، لأن معنى عدم اعتبار مفهوم الشرط عندنا أن التقيد بالشرط لا يدل على نفي الحكم عما عداه ، لا أن ليس في ذكره فائدة أصلا ، فإن هذا لا يليق بكلام البشر فضلا عن كلام خالق القوى والقدر . نعم يرد على ذلك منع أن في الحمل على الإباحة إلغاء الشرط المذكور بل فيه فائدة وهي إخراج الكلام على مجرى العادة كما صرح به من قال بالإباحة على ما ذكر في عامة الشروح (قوله والمراد بالخبر المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق ، فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكتبه وإن كان يصح لو فعله) أقول : لئلا يقال أن يقول : فعلى هذا لا يكون في الحمل على الإباحة إلغاء الشرط ، لأن عقد الكتابة يصير بدون الشرط حينئذ مكروها لامباحا ، إذ قد تقرر في علم الأصول أن المباح ما استوى طريقا لفعله وتركه ، وأن المكروه ما كان طرف تركه أولى ، وإذا كان الأفضل عند انتفاء الشرط المذكور على المعنى المزبور أن لا يكتبه كان جانب الترك أولى فيصير عقد الكتابة إذ ذاك مكروها لامباحا فينافي قوله فيما قبل وفي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط إذ هو مباح بدونه فليتأمل (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام « أما عبد كوتب على مائة دينار فأدّاها إلا عشرة دنائير فهو عبد » الخ) قال تاج الشريعة : فإن قلت : اختلاف الصحابة في المسئلة وتكلمهم فيها بالرأى يدل على زيادة الحديث كما عرف ، ولهذا زيفنا ما روى أصحاب الشافعى أنه عليه الصلاة والسلام قال « ابتغوا في أموال البتاي خيرا كى لا يأكلها الزكاة » في إيجاب الزكاة في مال الصبي بأن الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا في هذه

يعتق إلا بأداء كل البذل وهو قول جمهور الفقهاء لقوله صلى الله عليه وسلم « أما عبد كوتب على مائة دينار فأدّاها إلا عشرة دنائير فهو عبد » وقال عليه الصلاة والسلام « المكاتب عبد ما بئى عليه درهم » وفيه : أى في وقت عتق المكاتب اختلاف الصحابة رضى الله عنهم ، فعند على رضى الله عنه يعتق بقل ما أدى ، وعند ابن عباس رضى الله عنهما يعتق كما أخذ الصحيفة من مولاه . يعنى بنفس العقد ، لأن الصحيفة عند ذلك تكتب ، وعند ابن مسعود رضى الله عنه يعتق إذا أدى قيمة نفسه ، وعند زيد بن ثابت رضى الله عنه بما ذكرنا وهو المختار ، ويعنى إذا أدى جميع بدل الكتابة ، وإن يقل المولى إذا أدى ثلثها فانت حر . وقال الشافعى رضى الله عنه : لا يعتق مالم يقل كاتبك على كذا على أنك إذا أدبته إلى فانت حر ، لأن الكتابة ضم نجم إلى نجم ، فلو نص على ذلك وقال ضربت عليك ألفا على أن تؤدبها إلى في كل شهر كذا لم يعتق ، فكذا هذا . ولنا أن موجب العقد يثبت من غير تصريح به وموجبه هاهنا ضم حرية اليد الحاصلة في الحال إلى حرية الرقبة عند أداء البذل فيثبت وإن لم يصرح به كما

لو حل على الإباحة ، فإنه إذا لم يعلم فيه غير يكون ترك الكتابة متبوا لامباحا كالاعتق (قوله وعند ابن عباس رضى الله عنهما يعتق ، إلى قوله : تكتب) أقول : فيه تأمل (قوله ولنا أن موجب العقد يثبت من غير تصريح الخ) أقول : قال في الخواص الحلالية نقلنا من الميسر :

ويعتق بأدائه وإن لم يقل المولى إذا أدّيتها فأنت حرّ لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع ، ولا يجب حظ شيء من البذل اعتبارا بالبيع .

المسئلة ولم يحتج أحد منهم بهذا الحديث . قلت : جاز أنه ما بلغ إليهم انتهى كلامه . أقول : في الجواب بحث ، لأنه مشترك الإلزام ، إذ يجري في كل موضع وقع فيه اختلاف الصحابة أن يقال : جاز أن لم يبلغ إليهم الحديث فيلزم أن لا يتم الاستدلال باختلاف الصحابة في مسئلة وتكلمهم فيها بالرأى على زيادة حديث قط مع أنه خلاف ما عرف . والأظهر في الجواب أن يمنع كون اختلاف الصحابة في هذه المسئلة بالرأى ، ويقال : يجوز أن يكون اختلافهم فيها باعتبار ورود حديث آخر بخلاف ذلك ، كما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال : إذا أصاب المكاتب ميراثا ووث بحساب ما عتق منه ، وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال : يؤدى المكاتب بمحصنة ما أدى دية حر ، وبما بقي دية عبده كما ذكر في بعض الكتب ، والذي يدل على زيادة الحديث إنما هو اختلافهم بالرأى ، لأن استعمال الرأى في موضع النص لا يجوز على ما عرف في الأصول (قوله ويعتق بأدائه وإن لم يقل المولى إذا أدّيتها فأنت حرّ لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع) وعند الشافعى : لا يمتنع ما لم يقل كاتبك على كذا على أنك إن أدّيته إلى فأنت حرّ . قال كثير من الشراح : وحاصل الاختلاف بيننا وبينه راجع إلى تفسير الكتابة ، فمنعنا تفسيرها شرعا ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة عند الأداء ، فكأنه قال : أوجبت حرية اليد في الحال وحرية الرقبة عند أداء المال ، ولو نص على هذا عتق عند الأداء ، كذا هنا . وعند الشافعى : تفسيرها ضم نجم إلى نجم ، ولو نص عليه بأن قال : ضربت عليك ألفا على أن تؤديها إلى كل شهر كذا لم يحتج ، كذا هذا انتهى كلامهم . وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا عن الحواشى الجلالية متقولا فيها عن المبسوط : لا يمتنع عليك أن ما ذكر من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف انتهى . أقول : تنصيص المصنف عليه ممنوع كما لا يمتنع على الناظر في عبارته هاهنا ، بل لا يبعد أن يدهى تنصيصه على خلافه بعد محضية حيث قال : أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم انتهى . ولئن سلم ذلك فكرون الضم المذكور موجب العقد لا ينافي كونه تفسيرا للكتابة ، لأن موجب الشيء من لوازمه وتفسير الشيء بلامه ليس بعزيز كما هو حال الرسوم عامة . ولئن سلم ذلك أيضا فيجوز أن يكون معنى قولهم راجع إلى تفسير الكتابة راجع إلى تفسير موجب الكتابة على حذف المضاف كما هو الطريقة الشائعة المسماة بالهجاز بالحذف ، ومنها قوله تعالى . وجاء بك . أى أمر بك ، وقوله تعالى . واسئل القرية . أى أهل القرية . إلى غير ذلك فلا معنى لرد كلام الضقات بما هو وهم محض (قوله ولا يجب حظ شيء من البذل اعتبارا بالبيع) وقال الشافعى : يستحق عليه حظ ربع البذل وهو قول حنابل ورضي الله عنه لظاهر قوله تعالى . وآتوهم من مال الله الذى آتاكم - فإن الأمر المطلق للوجوب . والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفية جدا ، لأنه قال - من مال الله - وهو يطلق على أموال القرب كالصلقات والزكوات ، فكان الله أمرنا أن نعطي المكاتبين من صلقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة ، والمأمور به الإيتاء وهو الإعطاء ، والحظ لا يسمى إعطاء ، والمال الذى آتانا الله هو ما فى أيدينا لا الوصف الثابت فى ذمة المكاتبين ، فحمله على حظ ربع بذل الكتابة عمل بلا دليل ، ولو سلم فالمراد به التدب الكالى فى قوله فكاتبوهم . لا يقال : القرآن فى النظم لا يوجب القرآن فى الحكم ، لأننا لم نجعل

فى البيع فإنه يثبت المالك به وإن لم يصرح بكونه وجبه . ولا يجب حظ شيء من البذل اعتبارا بالبيع . وقال الشافعى : يستحق عليه حظ ربع البذل وهو قول حنابل ورضي الله عنه لظاهر قوله تعالى . وآتوهم من مال الله الذى آتاكم - فإن الأمر المطلق للوجوب . والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفية جدا ، لأنه قال - من مال الله - وهو يطلق على أموال القرب كالصلقات والزكوات ، فكان الله أمرنا أن نعطي المكاتبين من صلقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة ، والمأمور به الإيتاء وهو الإعطاء ، والحظ لا يسمى إعطاء ، والمال الذى آتانا الله هو ما فى أيدينا لا الوصف الثابت فى ذمة المكاتبين ، فحمله على حظ ربع بذل الكتابة عمل بلا دليل ، ولو سلم فالمراد به التدب الكالى فى قوله فكاتبوهم . لا يقال : القرآن فى النظم لا يوجب القرآن فى الحكم ، لأننا لم نجعل

فكان حاصل الاختلاف بيننا وبينه راجعا إلى تفسير الكتابة . فمنعنا تفسيرها شرعا ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة عند الأداء فكأنه قال : أوجبت حرية اليد في الحال وحرية الرقبة عند الأداء ، ولو كان نص على هذا لكان يمتنع عند الأداء كذا هنا . وعند الشافعى تفسيرها شرعا ضم نجم إلى نجم لضم حرية اليد حرية التمس . لا يمتنع عليك أن ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف (قوله والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفية جدا) أقول : الأنسب لسياق كلامه أن يقول : لدلالة الآية

قال (ويجوز أن يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما) وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز حالا ولا بد من نجمين ، لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الأهلية قبله للرق . بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا ، وقد دل الإقدام على العقد عليها فيثبت . ولنا ظاهر ماتاونا من غير شرط التنجيم ، ولأنه عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه ، بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ، ولأن مبنى الكتابة على المساهلة فيمهل المولى ظاهرا . بخلاف السلم لأن مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الأداء يرد إلى الرق .

يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات ، فكان الله تعالى أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة ، والمأمور به الإيتاء وهو الإعطاء ، والحظ لا يسمى إعطاء ، والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين . فحمله على حظ ربح بدل الكتابة عمل بلا دليل . ولو سلم فالمراد به التنب كالذي في قوله فكاتبوهم . لا يقال : القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم ، لأننا لم نجعل القرآن موجبا نقول : الأمر المطلق على قرينة غير الوجوب للوجوب ، وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك . كذا في العناية . أقول : فيه نظر . لأن قوله تعالى - فكاتبوهم - لا يصلح أن يكون قرينة لكون الأمر في قوله - وآتوهم - لتغير الوجوب بدون ملاحظة إيجاب القرآن في نظم القرآن في الحكم . إذ لادلالة في مجرد كون أمر لتغير الوجوب على كون أمر آخر أيضا لذلك حتى يجعل كون الأمر في قوله بعد - فكاتبوهم - للتنب قرينة لكون الأمر في - وآتوهم - أيضا لذلك (قوله بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا ، وقد دل الإقدام على العقد عليها فيثبت) قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت . لأن المسلمين مأمورين بإعانتهم . والطرق متسعة استئذنة واستعراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والمشور والصدقات . وقد دل الإقدام على العقد عليها فنثبت انتهى ، واقتضى أثره للشارح العنى . أقول : هذا السؤال ليس بوارد . لأنه إن أريد به أن احتمال القدرة قبل العقد أثبت في حق المكاتب فليس بذلك قطعا ، إذ لأهلية فيه للملك قبل العقد قط . فأتى يثبت له احتمال القدرة على المال قبله ، فإن

القرآن موجبا بل نقول : الأمر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب . وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك . قال (ويجوز أن يشترط المال حالا) بدل الكتابة يجوز أن يشترط كونه حالا ومؤجلا غير منجم ومنجما عندنا (وقال الشافعي : لا بد من نجمين لأنه عاجز عن التسليم في قليل من الزمان) لخروجه من يد مولاة مفلسا ولم يكن قبل العقد أهلا للملك المال . والعاجز عن التسليم لا بد له من أجل يقدر به على تسليم اليد . فإن قيل : المسلم إليه عاجز عن التسليم لأنه لو قدر عليه لما رضى بأخص البدلين فلا بد له من أجل . أجاب بقوله (بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك قبل العقد لكونه حرا فكان احتمال القدرة ثابتا . وقد دل الإقدام على العقد عليها فيثبت) ولقائل أن يقول : احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت ، لأن المسلمين مأمورون بإعانتهم ، والطرق متسعة استئذنة واستعراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والمشور والصدقات ، وقد دل الإقدام على العقد عليها فيثبت . ولنا قوله تعالى - فكاتبوهم - من غير شرط التنجيم ، ولأنه عقد معاوضة وهو يعتمد المعقود عليه والمعقود به ووجود المعقود عليه لأبد منه لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ، ووجود المعقود به ليس كذلك للإجماع على جواز ابتياع من لا يملك الثمن (وبدل الكتابة معقود عليه لاحالة فأشبه الثمن في البيع) والقدرة عليه ليست بشرط فكلما على البدل ، والمسلم فيه معقود عليه ووجوده شرط فأشبه المبيع فلا بد من القدرة عليه كما عرف من أصلنا . وكذا ذكرناه في التقرير مستوفى ، ولأن مبنى الكتابة على المساهلة لأنه عقد تكرم إذ العبد وما يملكه لجواه ، فالظاهر من مولاة أن يمهله . فإن لم يمهله وطالبه بالأداء وامتنع عنه يرد رقيقا بالراضى أو بقضاء القاضى (بخلاف السلم فإن مبناه على المضايقة) فليس الإمهال فيه

على ذلك (قوله وقوله - فكاتبوهم - قرينة لذلك) أقول : فيه تأمل ، فإن كوف قرينة مائة للحمل على الوجوب غير مسلم .

قال (ويجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل الشراء والبيع) لتحقيق الإيجاب والقبول ، إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه . والشافعي يخالفنا فيه وهو بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة ، وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء لأن القبول لا يتحقق منه فلا يتعقد العقد ، حتى لو أدى عنه غيره لا يعقّق ويستردّ ما دفع . قال (ومن قال لعبده : جعلت عليك ألفاً تؤديها إلى نجم ما أول النجم كذا وآخره كذا فإذا أدّيتها فأنت حرّ وإن عجزت فأنت رقيق فإن هذه مكاتبه) لأنه أتى بتفسير الكتابة ، ولو قال : إذا أدّيت إلى ألفاً كل شهر مائة فأنت حرّ فهذه مكاتبه في رواية أبي سليمان . لأن التمتع يدل على الوجوب وذلك بالكتابة . وفي نسخ أبي حفص لا تكون مكاتبه اعتباراً بالتعليق بالأداء مرة . قال (وإذا صحّت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه)

أريد به أن أحوال القدرة عقيب العقد أثبت في حقه فهو مسلم . ولكن لا يحدّد نعماً لأن مدار فرق الشافعي بين الكتابة وبين السلم على أصله إنما هو ثبوت أحوال القدرة على البيع للعائد قبل العقد في السلم لكون العائد فيه أملاً للملك قبل العقد ، بخلاف الكتابة فإن العائد فيها ليس بأهل للملك قط قبل العقد فلا يتصور ثبوت أحوال القدرة على البذل له قبل العقد ، وهذا أمر ضروري لا مجال لإنكاره . فلا وجه للمناقشة فيه كما فعله الشارحان الزبوران . والحق في الجواب عما قاله الشافعي هاهنا أن يسلك طريقة القول بالموجب فيقال : سلمنا أن العقد قبل عقد الكتابة لا يملك شيئاً من الأموال ولا يقدر عليه لعدم أهليته للملك قبله ، ولكن ثبوت الملك والقدرة عليه حال العقد إنما يشترط في حق المعقود عليه دون المعقود به ، ألا يرى أن الفلاس لو اشترى أموالاً عظيمة يصح شراؤه وإن لم يكن هو مالكا لشيء من الثمن وبذل الكتابة معقود به فلا يلزم أن يكون العبد مالكا له حال عقد الكتابة ، بخلاف المسلم فيه فإنه معقود عليه ، وقد أشار إليه المصنف فيما بعد حيث قال : ولأنه عقد معاوضة والبذل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه . بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة

ظاهراً ، ويجوز حالاً (وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة) لتحقيق الركن منه وهو (الإيجاب والقبول ، إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه) ولا عجز بالنسبة إلى النافع (وخالفنا الشافعي فيه ، وهو) أي هذا الخلاف منه (بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة) فإنه لا يجوز له لأنه ليس من أهل التصرف فلا يصح الإذن له . وعندنا هو من أهل التصرف إذا عقل العقد ، ونقصان رأيه ينجر برأى المولى والتصرف نافع فيصح الإذن (بخلاف ما إذا كان لا يعقل العقد ، لأن القبول لا يتحقق منه والعقد لا يتعقد بدونه . حتى لو أدى عنه غيره لا يعقّق ويستردّ ما دفع) قوله (ومن قال لعبده جعلت عليك ألفاً تؤديها إلى نجم ما أول نجم كذا وآخره كذا فإذا أدّيتها فأنت حرّ) ليان ما يفيد فائدة الكتابة بلفظها ، فإن المجموع المذكور مفيد لذلك . فإن قوله جعلت عليك كذا على أن تؤديها إلى نجم ما يحتمل معنى الكتابة ومعنى الضريبة ، فالمولى يستأدى عبده الضريبة ولا تعين جهة الكتابة ما لم يقل فإذا أدّيت فأنت حرّ . وأما قوله وإن عجزت فأنت رقيق ليس بلازم ، وإنما ذكره لبحث العبد على أداء المال عند النجوم ، والكتابة بدونه صحيحة . ولو قال إذا أدّيت إلى ألفاً كل شهر مائة فأنت حرّ اختلقت الرواية . في رواية أبي سليمان هو مكاتبه لأن التمتع يدل على الوجوب لأنه يستعمل في التيسير وذلك في المال ، ولا يجب المال إلا بالكتابة لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً إلا في الكتابة . وفي نسخة أبي حفص : قيل أي في روايته لا تكون مكاتبه قال فخر الإسلام : وهو الأصح اعتباراً بما لو قال : إذا أدّيت إلى ألفاً في هذا الشهر فأنت حرّ ، فإنه لا يكون كتابة ، والتمتع ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرها لها لأنه يدخل في سائر الديون وقد تخلو الكتابة عنه ، ولم يوجد لفظ يخص بالكتابة ليكون تفسيراً فلا يكون كتابة . قال (وإذا صحّت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه) وإذا صحّت الكتابة

(قوله وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة لتحقيق الركن منه) أقول : فيه بحث ، ثم الظاهر أن يقال فيها يدل قوله منه (قوله ليان ما يفيد الخ) أقول : ناظر لقوله قوله ومن قال لعبد الخ (قوله لأنه يستعمل في التيسير وذلك في المال) أقول : يعني في المال الراجب وأشار بقوله ذلك إلى التيسير (قوله والتمتع ليس من خواص الكتابة الخ) أقول : والتمتع في العبد يوجب في الضريبة وفيه تأمل .

أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر وإن نهاه المولى ، وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ، ولأنه عقد معاوضة ومبناه على المساواة ، ويتعلم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتأخره لأنه ثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه (فإن اعتقه عتق بعته) لأنه مالك لرقبته (وسقط عنه بدل الكتابة) لأنه ما ألزمه إلا مقابلا بمصول العتق به وقد حصل دونه . قال (وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر) لأنها صارت أنخص " بأجزائها توسلا إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبها وإلى الحرية من جانبها بناء عليه ، ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان (وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية) لما بينا (وإن أتلف مالا لها غرم) لأن المولى كالأجنبي في حق أكسابها ونفسها ، إذ لو لم يجعل كذلك لأتلفه المولى فيمنع حصول الغرض المبتغى بالعقد ، والله أعلم بالصواب .

عليه اه تدبر (قوله أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه) قال صاحب العناية يملؤها عن المفسد بعد تحقق المتقضى خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه (أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة) لغة (وهو الضم فيضم مالكية يده) الحاصلة في الحال (إلى مالكية نفسه) التي تحصل عند الأداء . فإن قيل : ضم الشيء إلى الشيء يقتضى وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم ؟ أجيب بأن مالكية النفس قبل الأداء ثابتة من وجه ، ولهذا لو جنى على المولى وجب عليه العقر ، ولو وطئ المكاتبته لزمه العقر فيتحقق الضم (أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر) طويلا كان أو غيره (نهاه المولى عنه أولا) لأن مقصود المولى وهو أداء البدل قد لا يتحقق إلا بالسفر (وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد مابني عليه درهم (ولأنه عقد معاوضة) كما مر (ومبناه على المساواة وينعدم ذلك) أي المساواة باعتبار التساوى (إن تنجز العتق ويتحقق إن تأخر لأنه يثبت بها للمكاتب نوع مالكية وهو مالكية اليد فثبت في ذمته حق من وجه وهو أصل البدل وإنما كان حقا من وجه لضمه فإنه ثابت في الذمة مع اللئاق ، إذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا تصح به الكفالة ولو ثبت العتق ناجزا كما قال به ابن عباس رضي الله عنهما على مامر فالت المساواة . لا يقال : المساواة فائتة على ذلك التقدير أيضا لأن نوع المالكية ثابت له من كل وجه والحق الثابت عليهم من وجه فأي المساواة ، لأن نوع مالكيته أيضا ضعيف لبطالته بعوده رقيقا (فإن تجز المولى عتقه عتق بعته) بالكتابة المتقدمة (لأنه مالك لرقبته) فيجوز له إتلاف ملكه (وسقط عنه بدل الكتابة) لحصول ما يقابله بجائا (وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لاختصاصه بأجزائها توسلا إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبها وإلى الحرية من جانبها بناء عليه) أي على الوصول إلى البدل من جانبها (ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان) قائلها الشرع بالأعيان ، قال الله تعالى - أن تبصروا بأموالكم - وألزم العقر عند استحقاق الجارية وعند وطئها بشبهة ، ولو كان الوطء لأخذ المتعة يقتدر بقدر الاستعمال وليس كذلك فإنه يلزم بإبلاغ واحد (وإن جنى عليها أو على ولدها لزمه الجناية) وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأنها صارت أنخص بأجزائها .

(قوله أجيب بأن مالكية النفس قبل القضاء ثابتة) أقول : فيه بحث ، وما أسرع ما نسي قوله التي تحصل عند الأداء . ولا يخفى عليك أيضا أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج إلى هذا ، بل يجوز أن يقال : الضم إنما يتحقق حين وجود مالكية للنفس على قياس قسم التجم إلى التجم ثم وجوب الأرض والزم العقر لمالكية اليد لا لمالكية النفس (قوله ويندم ذلك أي المساواة الخ) أقول : فإن قيل : إذا أدى المكاتب بعض البدل يملكه المولى ولا يحصل بمقابلته شيء للمكاتب فينتفى التساوى . قلنا : بل يحصل له تأكد المالكية ولهذا لا يبق علة للتكفير كما سبق في باب الكفارة (قال المصنف : وإذا وطئ المولى مكاتبته لزم العقر) أقول : قال صاحب التمهيل : ولو شرط وطئا في العقد لا يفيين المقر انتهى . وفي غاية البيان أن أوائل باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله ما يخالفه .

(فصل في الكتابة الفاسدة)

قال (وإذا كاتب المسلم عبده على خر أو خنزير أو على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة) أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لأنه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد . وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة مقدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة ، ولأنه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لأنه موجب للقيمة . قال (فإن أدى الخمر عتق) وقال زفر : لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه ،

في شرح هذا المثل : أما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم المالكية يده الحاصلة في الحال إلى مالكية نفسه التي تحصل عند الأداء . وقال : فإن قيل : ضم الشيء إلى الشيء يقتضى وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم ؟ أجيب بأن مالكية النفس قبل الأداء ثابتة من وجه ، ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الأرض ، وإن وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم ، انتهى كلامه . أقول : فيه خلل ، لأن هذا الجواب يناق قوله فيما قيل إلى مالكية نفسه التي تحصل عند الأداء ، لأن مقتضى هذا الجواب أن يكون المضموم والمضموم إليه موجوبين في الحال ، وبدلول ما قاله أولا أن يكون المضموم إليه حاصلا عند الأداء لا في الحال ، وإلا يلزم أن يكون قوله التي تحصل عند الأداء لغوا محضا كما لا يخفى . ثم إن بعض الفضلاء بعد أن تنبهنا قلنا قال ولا يخفى عليك أيضا أن الجواب من هذا السؤال لا يحتاج إلى هذا ، بل يجوز أن يقال : الضم إنما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم إلى النجم انتهى . أقول : ليس هذا بسديد ، إذ لو كنى تحقق الضم حين مالكية النفس لبطل أصل كلام المصنف وهو قوله أما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة وهو الضم ، فإن تحقق الضم حين مالكية النفس لا يتوقف على الخروج من يده في الحال ، بل يتيسر بالخروج من يده حين مالكية النفس التي تحصل عند الأداء على ما مر ، ومبنى السؤال والجواب على تصحيح كلام المصنف فلا بد من المصير إلى تحقيق معنى الضم في الحال .

(فصل في الكتابة الفاسدة)

آخر الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لا لمخاطب رتبة الفاسدة عن الصحيحة (قوله أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم) عبر عن مثالي الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالأول دون الأولين لاتحادهما في جهة الفساد وهي عدم تحقق المالية في شيء من الخمر والخنزير في حق المسلم فكانما صارا مسألة واحدة ، وإلا فهما مسئلتان مستقلتان في الحقيقة كمسئلة الكتابة على قيمة العبد . وقد أوما إلى هذه النكتة في بسط نفس المسائل أيضا حيث أعاد كلمة على عند ذكر القيمة دون ذكر الخنزير كما ترى ، ولهذا عبر عن عقد الكتابة على قيمة العبد بالثاني فقال : وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة النع مع أنه في الحقيقة

(فصل في الكتابة الفاسدة)

وجه تأخير الفاسدة عن الصحيحة لا يخفى على أحد . قال (وإذا كاتب المسلم عبده) جمع هاهنا أمورا يفسد عقد الكتابة بها ذكر بعضها أصالة وبعضها استنبادا . وإذا كاتب المسلم عبده (على خر أو خنزير أو على قيمة العبد نفسه) أو على ثوب أو دابة أو على ميتة أو دم (فالكتابة فاسدة ، أما الخمر والخنزير فلأنهما ليسا بمال مقوم في حقه فهو لا يستحقهما فكان عقدا بلا بدل وهو فاسد ، وأما قيمة العبد فلأنها مجهولة جهالة فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف) وكذلك الثوب والدابة . وأما الدم والميتة فلما ذكرنا في الخمر والخنزير بل أولى على ما ذكره ، وإذا عرف ذلك (فإن أدى الخمر والخنزير عتق) سواء قال له إن أديت لي فانت حر أو لم يقل في ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر : لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه ،

(فصل في الكتابة الفاسدة)

لأن البذل هو القيمة. وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة، ويعتق بأداء القيمة أيضا لأنه هو البذل معنى. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أديتها فأنت حر لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة: وصار كما إذا كاتب على ميتة أو دم ولا فصل في ظاهر الرواية. ووجه الفرق بينهما وبين الميتة أن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه، وموجه العتق عند أداء العوض المشروط. وأما الميتة فليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتخصيص عليه (وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته) لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد

مسئلة ثالثة بلاريب (قوله وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة، ويعتق بأداء القيمة أيضا لأنه هو البذل معنى) قال صاحب النهاية: وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والخيرة، فعلى هذا كان من حقه أن لا ينص أبأ يوسف وأن لا يذكر بكلمة عن انتهى. وقال صاحب العناية بعد نقل مافي النهاية: قلت صحيح إن كان الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه، وأما إذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف انتهى. وقال الشارح العيني بعد نقل مافي النهاية والعناية جميعا قلت: سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعنه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم، والشرح ما جعلوا الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه كما صرح به تاج الشريعة وغيره انتهى. أقول: ما قاله الشارح العيني ليس بشيء. أما أولا فلأن ظاهر الرواية إنما هو عتقه بأداء الخمر وبأداء قيمة نفسه، والمروى عن أبي يوسف هاهنا بكلمة عن على تقدير أن يجعل الألف واللام في القيمة بدلا عن الخمر إنما يكون عتقه بأداء عين الخمر وبأداء قيمة الخمر. وهذا غير ظاهر الرواية قطعا، إذ لا يترجم من اشترك الروايتين في أحد الجزئين وهو عتقه بأداء عين الخمر اتحادهما ضرورة اختلافهما بالخزء الآخر وهو عتقه بأداء قيمة نفسه في ظاهر الرواية وعتقه بأداء قيمة الخمر في الرواية الأخرى. فقولهم سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعنه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم لغو محض. وأما ثانيا فلأن صاحب غاية البيان من الشرح جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن الخمر حيث قال في شرح المقام: وأبو يوسف قال: إن كل واحد من عين الخمر وقيمتها بدل الخمر باختيار الصورة والقيمة باعتبار المعنى فتحت إذا أدى أيهما كان انتهى. وأشار إلى ذلك صاحب العناية بقوله وأما إذا كان بدلا

لأن البذل في الكتابة المقاسدة (هو القيمة) كما في البيع الفاسد وقع في بعض نسخ الهداية إلا بأداء قيمة الخمر، قيل وهو مخالف لعامة روايات الكتب (وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء عين الخمر لأنه بدل صورة، ويعتق بأداء القيمة أيضا) قيل أي بأداء قيمة نفسه (لأنه البذل معنى) قال في النهاية: وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والخيرة، فعلى هذا كان من حقه أن لا ينص أبأ يوسف وأن لا يذكر بكلمة عن. قلت: صحيح إن كان الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه، وأما إذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف (وعن أبي حنيفة أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أديتها فأنت حر لأنه حينئذ يكون العتق بواسطة حصول شرط تعلق به العتق وصار كما إذا كاتب كتابا على ميتة أو دم) فإنه لا يعتق بتسليم عينها إلا إذا قال إن أديت إلى فأنت حر. (وجه ظاهر الرواية) وهو الفرق بين الخمر والميتة (أن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه، وموجه العتق عند أداء البذل المشروط، بخلاف الميتة فإنها ليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتخصيص عليه، وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد، وقد تعذر

(قوله وأما إذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح) أقول: ونظيره ما سيجي، رواية عن أبي يوسف فيما إذا كاتب عبده على عين بيته ليندبه أنه يجوز رواية عنه، أجاز ذلك صاحب المال أو لم يجوز غير أنه عتد الإجازة يجب تسليم عينه وعتد معها يجب تسليم قيمته كما في التكاليف، ثم المراد من بعض الشروح هو غاية البيان. قال في المجموع: ويحكم به لأدائها عنها أو قيمتها انتهى ابن فرشته:

وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع . قال (ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد ، وهذا لأن المولى ما رضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلا فتجب قيمته بالغة ما بلغت ،

عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فقوله المعنى والشراح ما جعلوا الألف واللام في القيمة إلا بدلا عن نفسه إن أراد به الكلية كما هو الظاهر فليس بصحيح وإلا فليس بمفيد (قوله وهذا لأن المولى ما رضى بالنقصان وشهد رضى بالزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلا فتجب قيمته بالغة ما بلغت) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : وهذا أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت لأن المولى ما رضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة لأنه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لأن بعدم الإخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء ، والعبد رضى بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى كي لا يبطل حقه في العتق أصلا ، فإنه إن لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت له إدراك شرف الحرية ، انتهى كلامه . أقول : هذا الشرح غير مطابق للمشروح وغير تام في نفسه . أما الأول فلأن الظاهر أن كلمة هذا في قول المصنف ، وهذا إشارة إلى مضمون قوله ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه ، والمعنى وهذا : أي ما ذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه ، لأن المولى ما رضى بالنقصان عن المسمى والعبد رضى بالزيادة عليه كي لا يبطل حقه في العتق بالكلية فيحتلل ينظم الدليل والمدعي بلا كلفة أصلا . ويرشد إليه تحرير صاحب الكافي حيث قال : ولا ينقص عن المسمى وتراد عليه لأن المكاتب رضى بالمسمى وزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلا ، والمولى ما رضى بالنقصان عنه اه . وأما على ما ذكره صاحب العناية من كون كلمة هذا إشارة إلى وجوب القيمة بالغة ما بلغت فيحتمل كلام المصنف ، لأنه إما أن يكون المراد بالنقصان في قوله لأن المولى ما رضى بالنقصان هو النقصان عن القيمة فيلزم أن يكون قوله فيا قبل ولا ينقص عن المسمى خاليا عن التحليل والبيان

وقد تعلل الرد بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع ، (و) تجب القيمة بالغة ما بلغت (لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت ، وهذا) أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت (لأن المولى ما رضى بالنقصان) سواء كان في المسمى أو في القيمة لأنه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان ، لأن بعدم الإخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء (والعبد رضى بالزيادة) سواء كانت في القيمة أو في المسمى (كي لا يبطل حقه في العتق أصلا) فإنه إن لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت به إدراك شرف الحرية ، ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قبل اعتبار القيمة إنما هو بعد وقوع العتق باداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق أصلا بعدم الرضا بالزيادة ، لأن اعتبار

أي قيمة عين الخمر انتهى قوله ويحكم به : أي ويحكم أبو يوسف به : أي بالعتق (قال المصنف : ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) أقول : قال صدر الشريعة : هذه مسألة مبتدأة لا تعلق لها بمسئلة الخمر والخزير ، ومعناها أن القيمة في الكتابة الفاسدة إذا كانت من جنس المسمى ، فإن كانت ناقصة عن المسمى لا ينقص عن المسمى ، وإن كانت زائدة زيدت عليه . ووضع المسئلة في الميسوس فيما إذا كاتب عبده بألف على أن يفسدها إذا قال الكتابة فاقصد فتجب القيمة ، فإن كانت ناقصة عن الألف لا ينقص ، وإن كانت زائدة زيدت عليه انتهى . ولا يخفى عليك أن ملاذره من أنه لا تعلق لها بمسئلة الخمر والخزير يخالف لما في شروح الهداية (قوله وهذا أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت أقول : لا يخفى عليك أن قوله لأن المولى ما رضى بالنقصان لا يلزم هذا التفسير ، والظاهر أنه إشارة إلى قوله لا ينقص عن المسمى ، ويزاد عليه وقوله فتجب قيمته بالغة ما بلغت فتفرع على قوله والعبد رضى الخ (قوله لأنه يخرج ملكه في مقابلة بدل الخ) أقول : فلا يصلح عدم رضا المولى بالنقصان في المسمى تأمل ، وقوله فلا يرضى بالنقصان إن أراد عن المسمى فسلم لكن مدعاه عام ، وإن أراد عن القيمة أو الأدم فمنوع ولا دالة عليه قوله لأن بعدم الإخراج الخ (قوله فإنه إن لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت به إدراك شرف الحرية) أقول : كأنه يريد أن الرضا بالعتق الفاسد رضا بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى إذ ذلك موجب الكتابة الفاسدة ، فلو لم يرض بالزيادة أي بما يوجبها هو العقد الفاسد يمتنع المولى عنه فيفوت إدراك شرف الحرية فليتأمل .

وفيها إذا كتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة لأنه هو البذل ، وأمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة في الفساد ،

بالكلية مع أنه مطلب مقصود بالبيان هاهنا كما لا يخفى ، أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى فيلزم أن لا يطابق الدليل المدعى وأن لا يفيد ، إذ لا يستدعي عدم رضا المولى بالنقص عن المسمى إلا وجوب المسمى دون وجوب القيمة بالغة ما بلغت ، بل لو أن تكون القيمة أكثر من المسمى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى والقيمة جميعا كما يفصح عنه قول الشارح الزبور ، لأن المولى ما رضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة ، فيرد عليه أن يقال : إن عدم رضاه بالنقصان عن المسمى مما لا يخل له في وجوب القيمة بالغة ما بلغت فما معنى تعميق النقصان هاهنا بالنقصان عن المسمى . فعمل الشارح الزبور إنما اغترّ بقول المصنف في آخر كلامه فنجب بالغة ما بلغت ، ولكنه تفرغ على قوله والعبد رضى بالزيادة الخ لعل مجموع الدليل فلا وجه للاغترار بذلك أيضا . وأما الثاني : أى أنه غير تام في نفسه فلأن قوله لأن المولى ما رضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة ممنوع ، كيف وتخصيص المولى على قدر معين مسمى دليل على رضاه به قطعاً سواء كان ناقصاً عن القيمة أم لا ، فما يخالف رضاه إنما هو النقصان عن المسمى لا غير . ولئن سلم ذلك فينتقض بالكتابة الصحيحة إذا كان البذل المسمى فيها أقل من القيمة فإنه لا يجب هناك الزيادة على المسمى من القيمة قطعاً مع جريان الدليل المذكور هاهنا في تلك الصورة أيضاً على تقدير صحة تعميق النقصان في قوله لأن المولى ما رضى بالنقصان للنقصان الكائن في المسمى وفي القيمة تأمل تقف . ثم قال صاحب العتابة : ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل باعتبار القيمة إنما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق أصلاً بعدم الرضا بالزيادة ، لأن اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا إنما هو عند ابتداء العقد لا في بقاءه . أقول : لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن الذي يلزم من عدم الرضا بالزيادة عند ابتداء العقد إنما هو عدم ثبوت العتق له رأساً لا بطلان حقه في العتق بعد ثبوت حقه فيه كما تقتضيه عبارة المصنف وهي قوله كي لا يبطل حقه في العتق ، إذ الظاهر أن بطلان حق شخص في شيء إنما يكون بعد تحقق حقه به أولاً . ومورد ما قيل إنما هو قول المصنف كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً كما صرح به في النهاية وغيرها ، فكيف يسقط ذلك باعتبار الشارح الزبور : الزيادة والنقصان عند ابتداء العقد ؟ وأجاب جماعة من الشراح عن ذلك السؤال بوجه آخر حيث قالوا : فإن قيل : ما وجه قوله كي لا يبطل حقه في العتق واعتبار القيمة بعد وقوع العتق بأداء الخمر وأنه لا يقبل البطلان فكيف يتصور بطلان حقه في العتق ؟ قلنا : يحتمل أن يكون القاضى يرى صحة ما روى عن أبي حنيفة أنه إذا كتبه على الخمر ولم يقل إن أدتيها فأنت حر فادى الخمر لا يعتق ، فلو قضى القاضى بذلك الرواية يبطل حقه في العتق . أقول : فيه بحث . أما أولاً فلأن مقتضى هذا الجواب أن يكون قوله كي لا يبطل حقه في العتق حلة لعدم قضاء القاضى بذلك الرواية لا لرضا العبد بالزيادة ، وللمذكور في الكتاب خلافه ، والكلام فيما ذكر في الكتاب فلا يتم ذلك الجواب . وأما ثانياً فلأن ذلك على تقدير تمامه إنما يمتشى في صورة إن لم يقل المولى للمكاتب على الخمر إن أدتيها فأنت حر ، لا في صورة إن قال له ذلك ، إذ لا رواية لعدم العتق عند أداء الخمر في هذه الصورة فلا رأى للقاضى فيها مع أن ما نحن فيه يعم صورتين كما لا يخفى ، فينبغي السؤال في صورة . ثم إن صاحبي النهاية ومراجع الدراية رداً على المصنف هاهنا حيث قالوا : ثم قوله كي لا يبطل حقه في العتق لا يصلح تعليلاً لقوله والعبد رضى بالزيادة لأنه يحتمل أن

الزيادة والنقصان على ما ذكرنا إنما هو عند ابتداء العقد لا في بقاءه (وفيها إذا كتبه على قيمته يعتق بأداء قيمته لأنه هو البذل ، وأمكن اعتبار معنى عقد الكتابة في القيمة) لاستحقاق المسلم تسلمه ، ولم يذكر أن القيمة بماذا تعرف . قيل : تعرف بأحد أمرين : إما أن يتصادقا على أن ما أدى قيمته فيثبت كون المؤدى قيمته بتصادقهما لأن الحق فيها بينهما لا بعدوماً فصار كضمان النصب والبيع الفاسد . وإما بتقويم المومنين . فإن اتفق الاثنان منهم على شيء جعل ذلك قيمة له ، وإن اختلفا لا يعتق مالم يؤد أقصى القيمتين ، لأن شرط العتق لا يثبت إلا بيقين . فلن قيل : القيمة مجعولة فكان الواجب أن يقيد البطلان ولا يعتق بأداء القيمة . أجب بقوله (وأثر الجهالة في الفساد) أى لا في البطلان كما في البيع فلأنه يفسد لا يتبطل . فلن قيل : الكتابة على ثوب كالكتابة

بخلاف ما إذا كانه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب لأنه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادته . قال (وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجوز) لأنه لا يقدر على تسليمه .

يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وإن بطل حقه في العتق ، لأن ذلك نفع مشوب بالضرر لأن تحمل الزيادة ضرر عليه وإن كان عتقه نفعاً له . أم أقول : ليس ذلك بسديد ، لأن تحمل الزيادة إنما يكون ضرراً عليه لو كانت الزيادة باقية على ملكه عند عدم تحمل تلك الزيادة واختيار الرق ، وليس كذلك لأحالة فإنه إذا اختار الرق يصير جميع ما اكتسبه ملكاً لمولاه ، ويقدر المولى بعد ذلك على أن يستعمله كيف يشاء فيحصل به أكثر من تلك الزيادة ، فلم يظهر في رضا العبد بالزيادة ضرر عليه ولا في عدم رضاه بها نفع له أصلاً . ثم قالوا : والأولى في تعليل ذلك أن يقال : لأن العبد لما عقد عقد الكتابة الفاسدة مع مولاه كان قابلاً قيمة نفسه بالغة ما بلغت ، لأن ذلك موجب عقد الكتابة الفاسدة وهو أقدم عليه باختياره ورضاه ، ثم قيمة نفسه قد تربو على المسمى فكان راضياً بالزيادة على المسمى ضرورة . أم أقول : وهو أيضاً ليس بسديد ، لأن في التعليل بما ذكره مصادرة على المطلوب ، فإنه يبعد أن يثبت دليل أن موجب الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت ومن جملة مقدمات ذلك قوله والعبد رضى بالزيادة ، فلو علمنا هذه المقدمة بما يتيق على كون الواجب في عقد الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت لزم المصادرة قطعاً . ثم أقول : بقي شيء في كلام المصنف وهو أن قوله لأن المولى ما رضى بالتقصان الخ دليل شاف مفيد تمام المدعى وهو أن لاتنقص القيمة عن المسمى وتراد عليه ، إلا أن قوله لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة بلغت كما في البيع الفاسد يرى مستدركاً هاهنا لأنه صار مستغنى عنه بما ذكر قبله من قوله لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته ، كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع وليس له دلالة على تمام المدعى فإنه لا يدل على أن لاتنقص القيمة عن المسمى فلم يكن في ذكره فائدة فكان الأولى طرحه من البين كما في الكافي (قوله لأنه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادته) قال صاحب الغنية : وتقريره أن الثوب عوض والعوض يقتضى أن يكون مراداً ، والمطلق منه ليس موجود في الخارج فلا يكون مراداً فتعين أن يكون المتعين مراداً ، والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون إرادته ، بخلاف القيمة فإنها وإن كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين ، انتهى كلامه . أم أقول : فيه كلام ، أما أولاً فلا أنه إن أراد بالمطلق في قوله والمطلق منه ليس موجود في الخارج فرداً بهما من الثوب فلا نسلم أنه ليس موجود في الخارج ، إذ الإيهام إنما ينافي التعيين لا الوجود في الخارج ، وكم من شيء نجزم بوجوده في الخارج وإن لم يتعين خصوصيته عندنا وإن أراد بذلك مفهومه الكل فنسلم أنه ليس موجود في الخارج ، ولكن لانسلم حينئذ قوله فتعين أن يكون المتعين مراداً لجواز أن يكون المراد هو المجهول فلا بد من بيان بطلان هذا الاحتمال أيضاً . وأما ثانياً فلا أن يمنع إمكان استدراك مراده بتقويم المقومين في صورة الكتابة على القيمة بناء على تقريره في صورة الكتابة على الثوب . إذ قد حكم فيه بتعين كون المتعين مراداً ومتعذر الاطلاع على ذلك لاختلاف أجناسه ، ولا شك أن الأمر كذلك

على قيمة العبد فكان ينبغي أن يعتق بأداء ثوب كما عتق بأداء القيمة . أجاب بقوله (بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب) وتقريره : الثوب عوض والعوض يقتضى أن يكون مراداً ، والمطلق منه ليس موجود في الخارج فلا يكون مراداً ، فتعين أن يكون المتعين مراداً ، والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون إرادته ، بخلاف القيمة فإنها وإن كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين . فإن قلت : فإن أدعى القيمة فيما إذا كاتبه على ثوب يعتق أولاً ؟ قلت : ذكر في الذخيرة أن الأصل عند علمائنا الثلاثة أن المسمى متى كان مجهول القدر والجنس فإنه لا يعتق العبد بأداء القيمة ، ولا تنعقد هذه الكتابة أصلاً على المسمى ولا على القيمة . قال (وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجوز) إذا كاتب عبده على شيء هو لغيره فلما أن يتعين بالتعيين كالفارس والعبد أولاً كالتقود ، فإن تعين فلما أن يميزه أولاً ، فإن لم يميزه فلما أن يملكه المكتاتب بسبب وأده إلى المولى أولاً ، فذلك أربعة أوجه ، فإن لم يتعين بالتعيين كما لو قال كاتبك على هذه الألف من اللوام

ومراد شيء يتعين بالتعيين ، حتى لو قال كاتبك على هذه الألف الدرهم وهي لغيره جاز لأنها لاتعين في المعاضات فتعلق بدين في الذمة فيجوز . وعن أبي حنيفة رضي الله عنه في رواية الحسن أنه يجوز ، حتى إذا ملكه وسلمه يعتق ، وإن عجز يرد في الرق لأن المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فأشبهه الصداق . قلنا : إن العين في المعاضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة إذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع ، بخلاف الصداق في النكاح لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط . فعلى ما هو تابع فيه أولى . فلو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لأنه يجوز البيع عند الإجازة فالكتابة أولى . وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب . والجامع أنه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لأنها تثبت للحاجة إلى الأداء منها ، ولا حاجة فيها إذا كان البذل عينا معنا ، والمسئلة فيه

في صورة الكتابة على القيمة أيضا ، ألا ترى إلى قول المصنف فيما مر : وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة قلنا وجنسا ووصفا ففاحت الجاهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة اه . فكيف يمكن اطلاع المقومين على راده في صورة الكتابة على

وهي لغيره جاز لأنها لاتعين في المعاضات فتعلق بدين في الذمة . وإن تعين به ولم يجره ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز ، حتى إذا ملكه وسلمه يعتق ، وإن عجز يرد رقيقا لأن المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم . فأشبه ما إذا تزوج امرأة على عبد غيره فإن التسمية صحيحة ، حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بغير المثل ، ولو فسدت لرجعت به ، والجامع كون كل واحد منهما عوضا . ليس بمال . ووجه الظاهر أن العين في المعاضات معقود عليه ، والمعقود عليه القدرة على شرط الصحة إذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع . فإن قيل : قد تقدم أن لبذل الكتابة حكم الثمن في البيع حتى كان ذلك مبنيا جواز الكتابة الحالة والثمن معقود به لا معقود عليه فلا تكون القدرة عليه شرطا . فاجوب أن ذلك إذا كان من العقود . وليس الكلام فيها وإنما هو في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير البذل حكم المبيع فيشترط القدرة عليه (قوله بخلاف الصداق في النكاح) جواب عن قوله فأشبهه الصداق ، وذلك لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل . وقال في النهاية : منافع البضع ليس بشرط لجواز نكاح الرضعة . فعلى ما هو تابع وهو الصداق أولى . وهذا الجواب على طريقة تخصيص العطل وتخلصه معلوم (وإن أجاز صاحب العين ذلك ، فعن محمد أنه يجوز لأن البيع يجوز عند الإجازة . فإن اشترى شيئا بمال الغير فأجاز صاحب المال جاز فالكتابة أولى) لأن ميناها على المساعة ، وقيل لأنها لا تصد بالشرط القاسد ، بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضا المال من العبد فتصير العين من أكسابه (وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب) أى في الجامع الصغير أشار به إلى قوله وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره (والجامع) بين ما أجازته المالك وبين ما لم يجزه (أن عقد الكتابة) فيما نحن فيه (لا يفيد ملك المكاسب الذى هو المقصود من الكتابة ، لأنه) أى ملك المكاسب وفي بعض النسخ : لأنها أى المكاسب لكن لا بد من تقدير مضاف (يثبت للحاجة إلى الأداء منها . ولا حاجة إلى الأداء منها فيها إذا كان البذل عينا معينا لغيره ، والمسئلة فيه) أى

(قوله فإن تعين فلما أن يجزه) أقول : أى يجز العقد (قوله وإن تعين به ولم يجزه ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية) أقول : الشارح تصرف في نقل كلام المصنف وأخل به فتاوى آخر للكلام أوله ، والظاهر أن كلام المصنف مجرى على عموم ، ومراده بالجواز على رواية الحسن هو جوازه ابتداء . وفي قوله ولو أجاز جاز هو الجواز انتهاء على أن ينقذ العقد موقوفا ، وإنما سكنت في تفصيل ملك المكاتب العين عن رواية الجواز وهي رواية الحسن لفتنة عنه بذكرها أولا (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى إذا ملكه البع) أقول : كالكتابة الحالة فلا يفسخ للمولى إلا برضا العبد كما هو حكم الكتابة الحائزة . ثم أقول : إنه مخالف لظاهر الفرض عدم الملك فتأمل في دفعه (قوله إذا كان العقد يحتمل الفسخ) أقول : احتراز عن النكاح (قوله ليس بشرط) أقول غير أن .

على ما بيناه . وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجوز ، غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه . وعند علمهها يجب تسليم قيمته كما في النكاح ، والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالا . ولو ملك المكاتب ذلك العين ، فعن أبي حنيفة رواه أبو يوسف أنه إذا أداه لا يعتق ، وعلى هذه الرواية لم ينقذ العقد إلا إذا قال له إذا أديت إلى فأنت حرّ فيصنذ يعتق بحكم الشرط ، وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله . وعنه أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل ، لأن العقد ينقذ مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق بأداء المشروط . ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان . وهي مسألة الكتابة على الأعيان ، وقد عرف ذلك في الأصل ، وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنهى . قال (وإذا كاتبه على مائة دينار على أن يردّ المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة وعمر . وقال أبو يوسف : هي جائزة ، ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيصل منها حصّة العبد فيكون مكاتباً بما بقي لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط ، فكذا يصلح مستثنى منه وهو الأصل في أبدال العقود . ولها أنه لا يستثنى العبد من الدنانير ، وإنما تستثنى قيمته والقيمة لاتصلح بدلا فكلتلك مستثنى .

القيمة حتى تتعين بتعيينهم فتأمل (قوله ولها أنه لا يستثنى العبد من الدنانير ، وإنما تستثنى قيمته والقيمة لاتصلح بدلا فكلتلك مستثنى) يعنى أنهما يسلمان الأصل المذكور . ولكن يقولان ذلك فيما صح استثناه من غير أن يورد فساد العقد ، وهاتنا استثناء العبد عينه من الدرهم غير صحيح لاختلاف الجنس ، وإنما يصح استثناه منها باعتبار قيمته وهي لاتصلح بدل الكتابة لتفاحش جهاتها قلراً وجنسا ووصفا كما مر في أول الفصل . فكلتلك لا يصلح أن يقع مستثنى من بدل الكتابة ، كذا في الشروح والكافي . أقول : يرد على هذا التحليل أنه يقتضى أنه لاتصح الكتابة فيما إذا شرط أن يردّ المولى عليه عبدا معينا أيضا لجرانيته فيه أيضا بعينه ، فإن قيمة العبد المعين أيضا مجهولة جهالة فاحشة ، ولهذا لو كاتب عليها لم يصح كما مر في أول الفصل ، وعدم المجاسة بين عين العبد المعين وبين الدرهم أيضا ظاهر ، مع أنهم صرحوا بأن الكتابة صحيحة بالاتفاق فيما إذا شرط أن يردّ عليه عبدا معينا . والعجب من صاحب الدرر والفرغ أنه علل هذه المسئلة بوجه آخر . وعزاه إلى الزيلعي . وأورد عليه النقض بما إذا

فرض المسئلة في ذلك (على ما بيناه) أن مراده شيء يعين بالتعيين (وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجوز ، غير أنه إذا أجاز وجب تسليم عينه ، وإذا لم يجوز وجب تسليم قيمته كما في النكاح ، والجامع صحة التسمية ليكون المسمى مالا وإن لم يجوز لكن ملك المكاتب العين) بسبب وأداه (فعن أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه وروى عن أبي يوسف أيضا أنه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينقذ العقد) وهو ظاهر الرواية (إلا إذا قال له إذا أديت إلى فأنت حرّ فيصنذ يعتق بحكم الشرط . وعن أبي يوسف أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل ، لأن العقد ينقذ مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق بأداء المشروط . وإن كاتبه على عين) معين (في يد المكاتب) سوى النقود (ففيه روايتان) في رواية كتاب الشرب يجوز ، وفي رواية آخر كتاب المكاتب لا يجوز (وهي مسألة الكتابة على الأعيان) وهي التي ذكرت في قوله وكلتلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره (وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنهى) ولم نذكره هاهنا لطوله . وذكره بعض الشارحين على وجه الاختصار فقال : وجه رواية الجواز أنه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز . وجه علمه أن كسب العبد حال الكتابة ملك للمولى فصار كما إذا كاتبه على عين من أعيان ماله وأنه لا يجوز . وإنما قلنا سوى النقود لأنه لو كاتبه على دراهم أو دنانير في يد العبد بأن كان مأدونا في التجارة واكتسب جازات الكتابة باتفاق الروايات ، لأنها إذا لم تتعين كانت الكتابة عليها كالكتابة على دراهم مطلقة وهي جائزة . قال (وإذا كاتبه على مائة دينار الخ) وإذا كاتبه على مائة دينار على أن يردّ عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة

(قوله وهو ظاهر الرواية) أقول : فلا يناسب كلمة عن في قوله فمن أبي حنيفة .

قال (وإذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة) معناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة (وينصرف إلى الوسط ويجبر على قبول القيمة) وقد مر في النكاح ، أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لأنه يشمل أجناسا مختلفة فتفاحش الجهالة ، وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البذل بجهالة الأجل فيه .

شرط أن يرد عليه عبدا معينا وجعل الوجه المذكور في الكتاب هو الصواب ، وعزاه إلى الكافي حيث قال : لأن هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة ، لأن ما كان من المائة يلزاه الوصيف الذي يرد المولى بيع وما كان منها يلزاه رقية المكاتب كتابة فيكون صفقة في صفقة فلا يجوز التهيئ فيها ، كذا قال الزليعي . ويرد عليه أنه يقتضي عدم صحة العقد إذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا أو أمة معينة ، والقوم صرحوا بخلافه ، والصواب ما في الكافي وهو أن بدل الكتابة في هذه الصورة يجهول القدر فلا يصح كما لو كاتبه على قيمة الوصيف ، وهذا لأن العبد لا يمكن استثناءه من الدنانير ، وإنما تستثنى قيمته ، والقيمة لاتصلح أن تكون بدل الكتابة لجهالتها ، فكلما لاتصلح أن تكون مستثنى من بدل الكتابة اهـ . ولا يخفى على ذقطنائه أنه لا فرق بين الوجه الذي عزاه إلى الزليعي والوجه الذي عزاه إلى الكافي في ورود القبض بالصورة الزبورية عليهما . فرد الأول بورود ذلك عليه واستصواب الثاني ليس بمقول الحق (قوله أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لأنه يشمل أجناسا فتفاحش الجهالة . وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة) قال في العناية : واعترض على المصنف بأن شمول القبط للأجناس لو منع الجواز لما جازت فيها إذا كاتب على عبد . لأن المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد . والجواب أن القبط إن شمل أجناسا عالية كالدابة مثلا أو متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها ، وإن شمل أجناسا سافلة كالعبد منعه فيها بنى على الماكسة كالعبد والوكالة لا فيها بنى على المساهة كالكتابة والنكاح انتهى . أقول : ليس السؤال بشيء ولا الجواب . أما الأول فلأننا لنسلم أن شمول القبط للأجناس إن منع الجواز ما جازت فيها إذا كاتب على عبد ، وقوله لأن المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا

وعبد . وقال أبو يوسف : هي جائزة ، وقسم المائة دينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ، ويظل منها حصص العبد ويكون مكاتبها بما بنى ، لأن العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة وينصرف إلى الوسط ، وهذا بالاتفاق ، وكل ما صلح بدلا صلح مستثنى من البذل وهو الأصل في أبدال العقود . وقال بالموجب : أى هذا الأصل معلوم ، ولكن فيها صح الاستثناء . واستثناء العبد عنه من الدراهم غير صحيح ، وإنما يصح باعتباره قيمته وهي لاتصلح بدلا لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف (وإذا كاتبه على حيوان وبين جنسه) كالعبد والفرس (ولم يبين النوع) أنه تركى أو هندى (ولا الوصف) أنه جيد أو ردى (جازت وينصرف إلى الوسط) من ذلك الجنس . وقدره أبو حنيفة في العبد بما قيمته أربعون درهما . وقالوا : هو على قدر غلاء السعر ورخصه ، ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب لأن عقد الكتابة عقد إرفاق ، فالظاهر أن يكون البذل على أقل من قيمة المكاتب ، وإنما ينصرف إلى الوسط لأن الأصل في الحيوان المجهول إذا ثبت في اللغة أن ينصرف إلى الوسط كما في الزكاة والدية ، والوسط فيه نظر للجنايتين (ويجبر على قبول القيمة) لأنه قضاء في معنى الأداء على ما عرف في الأصول لأنها أصل من حيث أن البذل يعرف بها (وقد مر في النكاح) فصار كأنه أتى بعين المسمى (وإنما صح العقد مع الجهالة لأنها يسيرة ، ومثلها يتحمل في الكتابة) لأن ميثاقها على المساهة (فتعتبر جهالة البذل بجهالة الأجل فيه) حتى لو قال : كاتبتك إلى الحصاد أو الدياس أو القطف صحت الكتابة ، وقد ثبت أن ابن عمر أجاز الكتابة على

(قوله وإنما يصح باعتباره قيمته وهي لاتصلح بدلا لتفاحش الجهالة) أقول : لو صح هذا الدليل لم تجز الكتابة إذا كان العبد معينا لين هذا الدليل ، فإن قيمة العبد المجهول جهالة فاحشة ، وقد سبق في أول الفصل .

وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز ، وهو القياس لأنه معاوضة فأشبه البيع . ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبهه النكاح ، والجامع أنه يبتنى على المساعة ، بخلاف البيع لأنه مبنى على الماكسة . قال (وإذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز) معناه إذا كان مقدارا معلوما والعبد كافرا لأنها مال في حقهم بمنزلة الخمر في حقنا (وأيهما أسلم فلهما قيمته الخمر) لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها ، وفي التسليم ذلك إذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البديل فيجب عليه قيمتها ، وهذا بخلاف ما إذا تبايع النعمان خمرًا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض ، لأن القيمة تصلح بدلًا في الكتابة في الجملة ، فإنه لو كاتب على وصيف وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة ، فأما البيع فلا يتعقد

لم يجوز التوكيل بشراء العبد فرية بلا مزية لأن المصنف ماذكر قط في كتاب الركاثة ولا في موضع آخر أن العبد يتناول أجناسا ، والذي ذكره في كتاب الركاثة إنما هو أن العبد يشمل أنواعا ، وأن ما يشمل أنواعا لا يصح التوكيل بشراءه إلا ببيان الثمن أو النوع . فإنه قال هناك : ثم إن كان المفظ يجمع أجناسا أو ما هو في معنى الأجناس لا يصح التوكيل وإن بين الثمن ، لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الأمر لتفاحش الجهالة ، وإن كان جنسا يجمع أنواعا لا يصح إلا ببيان الثمن أو النوع ، لأن بتقدير الثمن يصير النوع معلوما ، وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يتمتع الامتنان . مثاله : إذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لأنه يشمل أنواعا ، فإن بين النوع كالتركي والحيشي والمولد جاز ، وكذا إذا بين الثمن لما ذكرنا اهـ . فهل يترجم الماقل من ذلك الكلام أن العبد يتناول أجناسا حتى يجعله مدارا للاعتراض على المصنف هاهنا ، وقد سبق إلى هذا التوهم صاحبها النهاية ومراجع الدراية ؟ ولعمري إنه من العجائب من أمثال هؤلاء الفصول . وأما الثاني فلأن الجواب المزبور مع ابتناؤه على القول بمراتب الأجناس الذي هو من أصول أهل المقول دون اصطلاحات أهل الفقه بمنزلة عما يفهم من كلام المصنف في المقامين : أي في كتاب الركاثة ، وفيما نحن فيه ، أما هناك فلما عرفت آفا ، وأما هنا فنحن فيه فلائذ لو كان مراده ما في الجواب المزبور لزمه أن يقيد بالجنس في قوله ومعناه أن يبين الجنس بالجنس العالي والوسط ، إذ بيان الجنس الأسفل ليس بواجب على مقتضى ذلك الجواب فلا بد من البيان (قوله ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال ، لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبهه النكاح ، والجامع أنه يبتنى على المساعة ، بخلاف البيع لأنه مبنى على الماكسة) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام :

الوصفاء وهو جمع وصيف وهو العبد للخدمة (وقال الشافعي : لا يجوز وهو القياس لأنه معاوضة فأشبه البيع) في أن تسمية البذل شرط فيها كما هي شرط فيه ، والبيع مع البذل المجهول أو الأجل المجهول لا يجوز ، فكذا الكتابة . ولنا أن هذا قياس فاسد لأن قياس الكتابة على البيع إما أن يكون من حيث ابتدائها أو من حيث الانتهاء ، والأول لا يصح لأن البيع معاوضة مال بمال ، والكتابة معاوضة مال بغير مال لأنها في مقابلة فك الحجر في الابتداء ، وكذلك الثاني لأنها وإن كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقية لكن على وجه يثبت الملك فيه فأشبهه النكاح في الانتهاء ، وفي أن مبنى كل منهما على المساعة ، وهذا القيد كاف في إلحاقها بالنكاح . وقوله بخلاف البيع لأنه مبنى على الماكسة زيادة استظهار ، وإن لم يبين جنسه مثل أن يقول دابة أو ثوب لم تجز الكتابة لأنها تشمل أجناسا ، وكذلك الثوب لتفاحش الجهالة . واعترض على المصنف بأن شيوع المفظ للأجناس لو منع الجواز لما جازت فيها إذا كاتب على عبد ، لأن المصنف ذكر في كتاب الوكاثة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد . والجواب أن المفظ إن شغل أجناسا عالية كالدابة مثلا أو متوسطة كالركوب منع الجواز مطلقا في الركاثة والكتابة والنكاح والبيع وغيرها ، وإن شغل أجناسا سافلة كالعبد منه فبأن مبنى على الماكسة كالبائع والوكالة لا فبا بنى على المساعة كالكتابة والنكاح . قال (وإذا كاتب النصراني عبده الخ) وإذا كاتب النصراني عبده الكافر على مقدار من الخمر جاز ،

(قوله وإن شغل أجناسا سافلة كالبد) أقول : الذي يشمل التركي والمندى هما جنسان سافلان ..

صحيحاً على القيمة فافترقا . قال (وإذا قبضها عتق) لأن في الكتابة معنى المعاوضة ، فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق ، بخلاف ما إذا كان العبد مسلماً حيث لم تجز الكتابة لأن المسلم ليس من أهل التزام الحر . ولو أداها عتق وقد بيناه من قبل . والله أعلم .

ولنا أن هذا يعني ما قاله الشافعي قياساً فاسد ، لأن قياس الكتابة على البيع إما أن يكون من حيث ابتدائها أو من حيث الانتهاء . والأول لا يصح لأن البيع معاوضة مال بمال ، والكتابة معاوضة مال بغير مال لأنها في مقابلة فك الحجر في الابتداء . وكذلك الثاني لأنها وإن كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبهه النكاح في الانتهاء . وفي أن مبنى كل منهما على المساحة ، وهذا المقدار كاف في إلحاقها بالنكاح . وقوله بخلاف البيع لأنه مبنى على المماكة زيادة استظهار . انتهى كلامه . أقول : فيه نظر . أما أولاً فلائنه جعل قول المصنف فأشبهه النكاح متفرعاً على الشق الثاني حيث قال : فأشبهه النكاح في الانتهاء ، وليس بتمام لأن كون النكاح في الابتداء معاوضة مال وهو المهر بغير مال وهو منفعة البضع ظاهر مقرر عندهم في عمله . وأما كونه في الانتهاء معاوضة مال بمال فغير ظاهر وما لم يقل به أحد من الشراح هاهنا سوى تاج الشريعة والعيني فزعمنا قالاً في تحليل قول المصنف فأشبهه النكاح لأن منافع البضع مال عند الدخول فيكون معاوضة مال بمال انتهى . فكان حق الهام أن يجعل قول المصنف فأشبهه النكاح متفرعاً إما على الشق الأول فقط أو على مجموع الشقين . وأما ثانياً فلائنه قال : وهذا

لأن الحر في حقهم كاخل في حقنا ، وأيهما أسلم فله المولى قيمة الحر لأن المسلم ممنوع من تملك الحر وتملكها . وفي التسليم تملك الحر لأن الفرض أن الحر غير معية فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم ، بخلاف ما إذا كانت معية فإن الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة ، والتسليم نقل من يد إلى يد ، والمسلم غير ممنوع من نقل اليد . كما إذا غصب المسلم من الذي خرا ثم أسلم الذي فإنه لا يمنع من استرداد خرقه من يد الغاصب ، وإذا كان ممنوعاً من التسليم فقد عجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته ، وهذا بخلاف ما إذا تابع الدميان خرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض ، لأن العجز كما وقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته ، لأن قيمة المسمى لاتصلح عوضاً في البيع بحال ففسد وتصلح في الكتابة في الجملة ، فإنه لو كاتب حل وصيف : أي عبد للخدمة وآتى بالقيمة يجرى على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة لأن البقاء أسهل من الابتداء ، وإنما قيد بقوله على ما قاله البعض لأن بعض المشايخ قال : ينبغي أن يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة معنى ، والرواية في الكتابة رواية في البيع . قال (وإذا قبض قيمة الحر عتق لأن في الكتابة معنى المعاوضة ، فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق ، بخلاف ما إذا كان العبد مسلماً حيث لم تجز الكتابة ، لأن المسلم ليس من أهل التزام الحر ، ولو أداى الحر عتق لما بينا في أول هذا الفصل) أنه إذا أداى الحر عتق . وقال زفر : لا يعتق ، وهذا لأن عقد الكتابة تضمن تعلّق العتق بأداء البدل المشروط ، فإذا وجد البدل وقع العتق . وذكر الترمذاني أنه لو أدى الحر لا يعتق فكان في العتق بأداء الحر روايتان . والفرق على إحداها بينها وبين المسلم إذا كاتب عبده على خرق فأداها إلى مولاه فإنه يعتق أن في هذه المسئلة انقلبَت الكتابة إلى قيمة الحر ولم يبقَ الحر بدل هذا العقد لأنه انتقد صحيحاً على الحر ابتداءً وبقي على القيمة صحيحاً بعد الإسلام ، ولا يتصور بقاؤه صحيحاً والحر بدل فيه ، فيقارن صحيحاً دليل على أن الحر لم يبقَ بدلاً فلا يعتق . وفي مسئلة المسلم وقع العقد فاسداً بسبب كون الحر بدلاً وبقي كذلك فلا حاجة إلى إخراجها من البدية ، وإذا بقي بدلاً عتق بأداها .

(قوله وفي التسليم تملك الحر) أقول : الظاهر أن يقول : وتملكها ليطابق المشروح ؛ ألا يرى أن المسلم إذا كان المولى فاللزم هو تملك المسلم الحر ، وإنما جعل التسليم ظرفاً لعتقه لاستنزاه إياه كأنه مشتمل عليه (قوله فإن الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة) أقول : أي حل رواية جواز الكتابة على عين فريد المكاتب (قال المصنف : ولو أداها عتق) أقول : قال الإقناني : أي لو أدى عين الحر عتق أيضاً فيما إذا أسلم أحدهما ، إلا أن في الكتابة معنى للتعلق ، وبه صرح فاضلخان في شرحه للجامع الصغير انتهى . وعلى شرحه يكون في كلام المصنف نوع تعقيد بخلاف شرح القسطنطيني فتأمل .

(باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله)

قال (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) لأن موجب الكتابة أن يصير حراً بدا ، وذلك بمالكية التصرف مستقبداً به تصرفاً يؤصله إلى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البدل ، والبيع والشراء من هذا القبيل ، وكذا السفر لأن التجارة ربما لا تتفق في الحضر فتحتاج إلى المسافرة ، ويملك البيع بالمحاباة لأنه من صنيع التجار ، فإن التاجر

المقدار كاف في إلحاقها بالنكاح ، وجعل قول المصنف بخلاف البيع لأنه مبنى على المماكة لزيادة الاستظهار ، وليس هذا بنام أيضاً لأن مجرد مشابهة شيء لشيء لا ينافي مشابهته لغيره في ذلك الوجه أو في وجه آخر ، فمشابهة عقد الكتابة للنكاح فيها ذكر لا ينافي مشابهته للبيع أيضاً ، فلو لم يذكر قوله بخلاف البيع لأنه مبنى على المماكة لما ظهر اختصاص هاتيك المشابهة بالنكاح حتى يثبت عدم صحة قياس الشافعي عقد الكتابة على البيع كما هو المطلوب على ما أفصح عنه قول الشارح المربور . ولنا أن هذا قياس فاسد ، لأن قياس الكتابة على البيع إما أن يكون من حيث الابتداء أو من حيث الانتهاء البيع . فكان قوله بخلاف البيع عمدة في إثبات المطلوب ولم يكن لزيادة الاستظهار فقط ، والله الموفق للصواب .

(باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله)

الظاهر أن اكضاء المصنف في عنوان هذا الباب بما يجوز للمكاتب أن يفعله لكونه العمدة المقصود بالذات ، وإلا فقد ذكر في هذا الباب كثير مما لا يجوز للمكاتب أن يفعله كما ترى . ثم إن صاحب العناية قال : لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز له ، فإن جواز التصرف يفتي على العقد الصحيح اهـ . واقتنى أثره الشارح المعنى . أقول : لا يذهب على من له أدنى مسكة من حاجة التعليل بقولهما فإن جواز التصرف يفتي على العقد الصحيح ، فإن هذا التعليل لا يقتضي تأخير هذا الباب عن أحكام الكتابة الفاسدة ، بل يقتضي تقديمه عليها فلا يتم التقريب . وقال صاحب النهاية : لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وأن لا يفعله انتهى . أقول : هذا سالم مما يتجه على ما ذكره الشارحان المسفوران ، لكن فيه أيضاً من حاجة لأنه جعل قوله وأن لا يفعله في حيز يجوز وعطفه على أن يفعله فصار المعنى شرع في بيان ما يجوز أن يفعله للمكاتب وما يجوز أن لا يفعله ، ولا شك أن الذي ذكر في هذا الباب وقصد بيانه إنما هو ما يجوز أن يفعله للمكاتب وما لا يجوز أن يفعله كما يفصح عنه قوله ولا يتزوج ولا يبيع ولا يتصلق ولا يتكفل ولا يقرض لا مجرد ما يجوز أن لا يفعله ، فإن جواز أن لا يفعل شيئاً لا ينافي جواز أن يفعله أيضاً كما في الأشياء المباحة التي يستوى فيها جانب الفعل والترك ، وما نحن فيه ليس كذلك قطعاً (قوله ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) قال صاحب العناية : قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال : وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه ، وكأنه أعادها تمهيداً لقوله فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحساناً فإنه لم يبين ذلك ببيانه ثم اهـ .

(باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله)

لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز له ، فإن جواز التصرف يفتي على العقد الصحيح . قال (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال :

(باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله)

(قوله فإن جواز التصرف يفتي على العقد الصحيح) أقول : هذا الوجه بظاهره لا يقتضي تقديم باب الكتابة الفاسدة على هذا الباب ، بل يقتضي عكسه فلا بد من ملاحظة أمر آخر فظهر (قوله قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب) أقول : لا يخفى عليك أنه إنما

قد يجازى في صفقة ليربع في أخرى . قال (فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد ، وبمثله لا تفسد الكتابة . وهذا

أقول : لا يخفى عليك أن ما يصلح أن يكون تمهيدا لقوله المذكور إنما هو جواز السفر للمكاتب لاجواز البيع والشراء ، فحديث الإعادة للتمهيد لا يتم عنرا بالنظر إلى مسئلي البيع والشراء كما ترى . وقال بعض الفضلاء : لا يخفى عليك أن إنما ذكره هناك استطرادا . وإنما محل ذكره هنا وهذا لفظ القندورى هاهنا انتهى . أقول : وهذا الذى ذكر هنا ليس بلفظ القندورى . وإنما لفظه : فيجوز له البيع والشراء والسفر بقاء الضريح على قوله وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه ، وبإظهار المكاتب دون إظهاره ، والذى ذكر هنا بالواو يدل فاء الضريح ، وبإظهار لفظ المكاتب إنما هو لفظ البداية . ثم حاصل معناها واحد ، لكن هذا متحقق فيما ذكره المصنف فيما مر أيضا ، فإنه قال هناك : فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر ، ولا شك أن حاصل معناه متحد بما ذكره هنا . وعن هذا قال في غاية البيان : وهذه المسئلة وقع بيانها مكررا لأنه ذكرها في أوائل كتاب المكاتب عند قوله وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه ، إلا أنه لم يذكر في البداية ثم قوله فيجوز له البيع والشراء والسفر ، وذكر جواز البيع والشراء والسفر في هذا الموضع في البداية ، فلما بلغ في الهداية وهى شرح البداية هذا الموضع ساقى الكلام كما ساق من غير إخلال وإن كان ذكر جواز البيع والشراء والسفر في الهداية قبل هذا أه تبصر (قوله وصح العقد لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل : يعنى أن الشرط الباطل إنما يبطل الكتابة إذا تمكن في صلب العقد وهو أن يدخل في أحد البديلين ، كما إذا قال كاتبك على أن تحمى مدة أو زمانا ، وهذا ليس كذلك لأنه لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة انتهى . ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال : قوله ولا فيما يقابله ممنوع ، فإن مقابله فك الحجر وحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتأمل ، فإن مراده بما يقابله هو المكاتب ، إلا أن هذا الشرط يخص به أيضا كما سبق به بعد أسطر انتهى . أقول : ليس ذلك بشيء ، لأن كون المنع من الخروج تخصيصا للفك والحرية لا يقتضى كونه دافعا فيما ، فإن تخصيص الشيء قد يكون بأمر خارج عنه أخص منه ، كما إذا عرفنا الإنسان بالحیوان الضاحك فإن قيد الضاحك يخص الحيوان بالإنسان مع أنه خارج عنه قطعاً ، وما نحن فيه من قبيل ذلك أيضا ، إذ لا ريب أن المنع من الخروج خارج عن حقيقة الفك والحرية ، وكلنا الحال لو كان المراد بما يقابله هو المكاتب ، فإن اختصاص هذا الشرط به لا يقتضى دخوله فيه ، بل لا مجال لدخوله فيه أصلا كما لا يخفى . والذى نفاه صاحب العناية إنما هو دخول هذا الشرط في بدل الكتابة أو فيما يقابله ، إذ به يتحقق التمكن في صلب العقد كما عينه (قوله وهذا

وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه ، وكأنه أعادها تمهيدا لقوله (فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) فإنه لم يبين ذلك بيانه ثم . وجه الاستحسان (أن هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة ، لأن مقتضاه مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبت الاختصاص) بنفسه ومنافعه لحصول ما هو المقصود بالعقد ، وذلك قد يكون بالضرب في الأرض والتضييد بمكان يتنافى ، والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل فهذا الشرط باطل . فإن قيل : هذا يقتضى بطلان العقد كما في البيع . أجاب بقوله (وصح العقد) يعنى أن الشرط الباطل إنما يبطل الكتابة إذا تمكن في صلب العقد ، وهو أن يدخل في أحد البديلين كما إذا قال كاتبك على أن تحمى مدة أو زمانا ، وهذا ليس كذلك (لأنه لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة ، وهذا) أى هذا التفصيل

ذكره هناك استطرادا ، وإنما محل ذكره أصالة هنا ، وهذا لفظ القندورى هنا (قوله ولا فيما يقابله) أقول : قوله ولا فيما يقابله ممنوع ، فإن مقابله فك الحجر وحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتأمل ، فإن مراده بما يقابله هو المكاتب إلا أن

لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد ، كما إذا شرط خدمة مجهولة لأنه في البذل والنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الأصل . أو نقول : إن الكتابة في جانب العبد إعتاق لأنه إسقاط الملك ، وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر إعتاقا في حق هذا الشرط ، والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة . قال (ولا يتزوج إلا بإذن المولى)

لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد ، كما إذا شرط خدمة مجهولة لأنه في البذل والنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الأصل (أقول : لفتاوى أن يقول : قد مر قبيل هذا الباب في مسئلة جواز الكتابة على حيوان غير موصوف أن أئمتنا قالوا بمشابهة عقد الكتابة للنكاح وعملوا بها ، وردوا على الشافعي قوله بمشابهته للبيع فكيف يصح منهم العمل هاهنا يشبهه بالبيع أيضا . ويمكن أن يجاب عنه بأن العمل بالشبهين معا فيما يمكن العمل بهما كما نفا نحن فيه لا ينافي العمل بأحدهما بعينه دون الآخر لرجحان الأول على الثاني فيما لا يمكن العمل بهما معا كما في المسئلة المارة فتأمل (قوله أو نقول إن الكتابة في جانب العبد إعتاق لأنه إسقاط الملك ، وهذا الشرط يخص العبد البيع) قال صاحب غاية البيان : لو قال في جانب المولى إعتاق أو قال في جانب العبد عتق كان أولى انتهى . أقول : كل من شق كلامه منظور فيه . أما شقه الأول فلأنه لو قال في جانب المولى إعتاق لم يتم المطلوب ، لأن هذا الشرط يخص العبد كما صرح به المصنف فلا يلزم من كون الكتابة إعتاقا في جانب المولى أن لا يكون الشرط المذكور مفسرا في جانب العبد ، بخلاف ما إذا كانت إعتاقا في جانب العبد كما لا يخفى . فلهذا قال : إن الكتابة في جانب العبد إعتاق . وأما شقه الثاني فلأن الإعتاق في قوله في جانب العبد إعتاق مصدر من المبني للمفعول دون المبني للفاعل فيؤول إلى العتق ، فكان قوله في جانب العبد إعتاق وقوله في جانب العبد عتق بمنزلة واحدة كما لا يخفى . ثم قال صاحب الغاية : وهذا الذي قالوه ضعيف ، إذ حاصل كلامهم أن الكتابة تشبه العتق والعتق لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا تقصد الكتابة أيضا بالشروط الفاسدة لشبهه بالعتق . ولفتاوى أن يقول : إذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن لا تقصد الكتابة أيضا إذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعمل أن هذا الوجه من البيان ضعيف . والأولى ما بيناه آفا من رعاية الشبهين ، إلى هنا كلامه . وقال بعض الفضلاء بعد نقل اعتراض صاحب الغاية على هذا الوجه : ولا يخفى عليك أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فإنها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد ، أو نقول : يندفع بقوله في حق هذا الشرط انتهى . أقول : كل من وجهى دفعه غير سالم . أما وجهه الأول فلأن كون الكتابة من جانب المولى معاوضة ، بتحقيق في كل صورة من الكتابة ، فلو كان ذلك علة للقساد ففسدت بغير الداخل في صلب العقد أيضا ، وإن

(لأن الكتابة تشبه البيع) من حيث المعاوضة وعدم صحتهما بلا بدل وإحاطتهما القسح قبل الأداء (وتشبه النكاح) من حيث أنها معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين قلنا . يبطلان الشرط وصحة العقد إذا لم يتمكن في صلب العقد عملا يشبه النكاح ، ويبطلان العقد إذا تمكن في صلبه عملا يشبه البيع (أو نقول : إن الكتابة في جانب العبد إعتاق) لأن الإعتاق إزالة الملك لا إلى أحد . والكتابة كذلك لأنه لا يحصل للمكاتب شيء وإنما يسقط عنه ملك مولاة ، وكل شرط يخص بجانب العبد فهو داخل في الإعتاق لدخوله في الكتابة وهي إعتاق (وهذا الشرط يخص به) فهو داخل في الإعتاق (والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة)

هذا الشرط يخص به أيضا كما سيجي . بعد أسطر (قوله من حيث المعاوضة) أقول : حيثية المعاوضة مشتركة بينه وبين النكاح فلا يكون وجه شبه الكتابة بالبيع دون النكاح إلا أن يكون وجه الشبه مجموع المعطوف عليه والمعطوف : أعني وعدم صحتهما بلا بدل (قوله وعدم صحتهما بلا بدل) أقول : يعني بلا ذكر بدل (قوله وإحاطتهما القسح قبل الأداء) أقول : وإحتمال القسح بعد الأداء أيضا لا يضربنا (قال المصنف أو نقول : إن الكتابة في جانب العبد إعتاق) أقول : قال الإفتاوى : لو قال في جانب المولى إعتاق أو قال في جانب العبد عتق كان أولى انتهى . والأرفيه سجل (قال المصنف : فاعتبر إعتاقا في حق هذا الشرط) أقول : قال الإفتاوى : ولفتاوى أن يقول إذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن لا تقصد الكتابة أيضا إذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة ، فلم أنعمنا الوجه من البيان ضعيف انتهى . ولا يخفى عليك أنه يجوز

لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوصل إلى المقصود ، والنزوح ليس وسيلة إليه ، ويجوز بإذن المولى لأن الملك له (ولا يجب ولا يتصدق إلا بالشيء اليسير) لأن الحب والصدقة تبرع وهو غير مالك لملكه ، إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة لأنه لا يجحد بداً من ضيافة وإعارة ليجتمع عليه المجاهزون . ومن ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته وتوابعه (ولا يتكفل) لأنه تبرع محض . فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعه نفساً ومالاً لأن كل ذلك تبرع (ولا يقرض) لأنه تبرع ليس من توابع الاكتساب (فإن وهب

رجع إلى العمل بكونها معاوضة فيها دخل في صلب العقد وبكونها إعتاقاً في غير ما دخل فيه رعاية للشبهين رجع هذا الوجه إلى الوجه الأول . وأما وجه الثاني فلأن التقييد بقوله في حق هذا الشرط لا يدفع الإشكال المذكور . إذ لقاتل أن يقول : إذا كان لشبه بالعتق أثر ينبغي أن يعتبر إعتاقاً في غير هذا الشرط أيضاً (قوله لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوصل إلى المقصود والنزوح ليس وسيلة إليه) قال بعض الفضلاء : تأمل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتب نفسها ؟ وقال : ولا يخفى أنه لا يمكن انتهى . أقول : بل يمكن تعميمه له . إذ الظاهر أن مدار حكمه بأنه لا يمكن هو أن المكاتبه بتزويج نفسها تمتلك المهر فيصير ذلك وسيلة إلى اكتساب المال الذي هو المقصود من الكتابة . ومأخذ ذلك ما ذكره المصنف فيها سيأتى في تحليل مسألة جواز تزويج المكاتب أمته بقوله لأنه اكتساب المال فإنه يملك به المهر فيدخل تحت العقد انتهى . لكنه ليس بتمام ، فإن بين تزويج المكاتب نفسها وتزويج المكاتب أمته فرقا كما صرحوا به في أثناء شرح مسألة تزويج المكاتب أمته فيها سيأتى ، وقد أوضحه صاحب النهاية حيث سأل هناك بأن المكاتب لما ملك تزويج أمته بهذه العلة ينبغي أن تحكم المكاتبه تزويج نفسها لوجود هذه العلة فيها لأنها تكسب بالمهر وتسقط نفقتها عن نفسها . ومع ذلك ذكر في باب جنابة رقيق المكاتب وولده من كتاب عتاق الميسر أن المكاتبه لا تزوج بغير إذن المولى . وأجاب بأن تزويج المكاتبه نفسها ليس لاكتساب المال بل للتحصين والعفة ، فإن مقصودها من تزويج نفسها شيء آخر سوى المال . فلذلك لم يكن هذا العقد مما يتناوله الفلك الثابت بالكتابة . وقال : وهذا وقع الفرق بين هذا وبين تزويج الأمة . وعزا إلى الميسر . فتلخص من ذلك الجواب أن الدليل المذكور هاهنا يمكن تعميمه لعدم جواز تزويج المكاتبه نفسها أيضاً كما لا يخفى تأمل تقف . نعم قول جماعة من الشراح وصاحب الكافي بعد قول المصنف والنزوح ليس وسيلة إليه بل فيه التزام المهر والنفقة يشعر باختصاص هذا الدليل بالمكاتب ، فإن التزام المهر والنفقة إنما يتصور في حق المكاتب دون المكاتبه ، لكن الكلام في إمكان تعميم الدليل الواقع في عبارة المصنف . ثم إن الدليل الأظهر الخالي عن شبهة توهم الاختصاص بالذكر ما ذكره صاحب البدائع حيث قال : ولا يجوز للمكاتب أن يتزوج

قال (والنزوح ليس وسيلة إليه) الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوصل إلى المقصود : أى إلى مقصود المولى من البذل وذلك لقيام الملك ومقصود المكاتب وهو تحصيل الكسب للإبقاء وذلك بفك الحجر والنزوح ليس وسيلة إلى المقصود ، بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك الحجر ، لكن إذا أذن له المولى بذلك جاز لأن الملك فيه قائم (ولا يجب ولا يتصدق) المكاتب (إلا بالشيء اليسير) وكلامه فيه ظاهر ، والمجاهز عند العامة : هو الفتي من التجار ، وكأنه أريد المجيز وهو الذى يبعث التجار بالمجهز وهو فاخر المتاع ويسافر به فحرف إلى المجاهر ، كذا في المغرب (ولا يتكفل) لما ذكرنا (ولا يملكه بنوعه) يعنى في الحال سواء كانت بأمر المكفول عنه أو بغير أمره لأن الثاني تبرع محض فكان كالمهبة ، والأول إقراض لأن التكفل متى أدى صار مقرباً بما أدى للمكفول عنه ، والإقراض تبرع ، وإنما قيد بالحال لأنها بعد العتق صحيحة في حقه فكان كالمهبة ككفالة العبد المحجور عليه . فإن قيل : بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا ينافى ذلك ولا يضره . أجيب بأنه يضره فرما عجز عن تسليم النفس فيجس على ذلك وهو يغفل

دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فإنها من جانب المولى معاوضة فذلك يحدث بالداخل في صلب العقد . أو نقول : يتبع بقوله في حق هذا الشرط والتفصيل في حواشي حيد الدين الترمذى رحمه الله (قال المصنف : ويجوز بإذن المولى لأن الملك له) أقول : تأمل ، هل يمكن

على عوض لم يصح لأنه تبرع ابتداء (وإن زوج أمته جاز) لأنه اكتساب للمال فإنه يتملك به المهر فدخل تحت العقد. قال (وكنك إن كاتب عبده) والقباس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي، لأن ما له العتق والمكاتب ليس من أهله كالإعتاق على مال. وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الأمة وكالبيع، وقد يكون هو أنفع له من البيع لأنه لا يزيل الملك إلا بعد وصول البدل إليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الأب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له، بخلاف الإعتاق على مال لأنه يوجب فوق ما هو ثابت له. قال: فإن أدّى الثاني قبل أن يعتق الأول فولأوه للمولى، لأن له فيه نوع ملك، وتصح إضافة الإعتاق إليه في الجملة، فإذا تعلز إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية أضيف إليه كما في العبد إذا اشترى شيئا (فلو أدّى الأول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء إليه) لأن المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق (وإن أدّى الثاني بعد عتق الأول فولأوه له) لأن العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الأصل فيثبت له. قال (وإن أعنت عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يحر) لأن هذه الأشياء ليست من الكسب ولا من توابعه. أما الأول فلأنه إسقاط الملك عن رقبته

بغير إذن مولاة، وكلها المكتبة لأن المكاتب عبد ما بقى عليه دهم، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: وأما عبد تزوج بغير إذن مولاة فهو عامره لأن المولى يملك رقية المكاتب والمكاتب يملك منافع ومكاتبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين أنه لا ينفرد أحدهما بالزواج انتهى كلامه. نعم ما ذكره من الدليلين بعبارة ورد في المذكر، ولكن بدلالته يعم الموثق أيضا لا محالة (قوله وإن أعنت عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يحر) لأن هذه الأشياء ليست من الكسب ولا من توابعه

بالاكتساب الذي يحصل به المال. وقوله (وإن زوج أمته جاز) ظاهر. وقوله (ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له) يريد به ملك اليد وهو يملكه. ومن ملك شيئا جاز أن يملكه غيره كالعبيد يبيع (بخلاف الإعتاق على مال) فإنه لا يملكه فيوجب للثاني فوق ما أوجب لأول، فإن العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف على أداء المال، وهذا غير ثابت للمكاتب فكان تحريك ما لا يملكه وهو لا يجوز (قوله فإن أدّى الثاني) يعني إن أدّى المكاتب الثاني بدل كتابته قبل أداء الأول (عتق الثاني) لتصح شرط عتقه وولأوه للمولى لأن له فيه نوع ملك (لأن الثاني مكاتب للمولى بواسطة الأول فكان كتابة المولى للأول بمنزلة علة العلة، ولهذا لو عجز الأول كان الثاني ملكا للمولى كالأول) (وتصح إضافة الإعتاق إليه في الجملة) يقال مولى زيد ومعتق زيد مجازا وإن كان معتق معتقه ولهذا يدخل في الاستئذان على مواليه (فإذا تعلز إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية) لكونه رقيقا (أضيف إليه) أي إلى المولى لكونه علة العلة (كالعبد إذا اشترى شيئا) فإنه يثبت الملك للمولى لتصل إثباته للعبد لعدم الأهلية (فلو أدّى الأول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء إليه، لأن المولى جعل معتقا مباشرة حكما لما أن العقد انتقل إليه لعدم أهلية المكاتب للإعتاق (والولاء لا ينتقل عن المعتق) مباشرة، وقيد بقوله مباشرة لئلا يرد سحر الولاء، فإن ثمة مولى الحارية ليس يعتق للولد مباشرة بل تسيبا باعتبار إعتاق الأم، والأصل أن الحكم لا يضاف إلى السبب إلا عند تعلز الإضافة إلى العلة. والتعلز عند عدم عتق الأب، فإذا عتق زال فينجر الولاء إلى قوم الأب (وإن أدّى الثاني) بدل الكتابة (بعد عتق الأول فولأوه لأول لأن المباشرة من أهل ثبوت الولاء وهو الأصل فيثبت). قال (وإن أعنت عبده على مال)

تعم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكتبة نفسها ولا يفتق أنه لا يمكن (قوله بخلاف الإعتاق على مال فإنه لا يملكه) أقول: والإعتاق مصدر من المبني للمفعول أي لم يحصل له في حال العتق على المال حتى يملكه غيره

وإثبات الدين في ذمة المفلس فأشبه الزوال بغير عوض ، وكذا الثاني لأنه إعتاق على مال في الحقيقة . وأما الثالث فلاه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة ، بخلاف تزويج الأمة لأنه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر . قال (وكذلك الأب والوصى) في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) لأنهما بإمكان الاكتساب كالمكاتب . ولأن في تزويج الأمة والكتابة نظرا له ، ولا نظريا سواهما والولاية نظرية . قال (فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : له أن يزوجه أمته)

قال صاحب العناية في حل هذا المثل : قد تقدم أن المكاتب إنما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها ، وإعتاق العبد على مال وغيره مما ذكرها هنا ليس من ذلك فلا يملكه اهـ . أقول : قد أنحل الشارع المذكور بحق المقام في تقرير الكلام حيث قال : إن المكاتب إنما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها مع أنه يملك أيضا ما كان من الاكتساب دون التجارة وضروراتها كتزويج أمته وكتابة عبده على ما مر فإن الاكتساب أعم من التجارة كما سيحى . فالحق هنا عبارة المصنف حيث قال : لأن هذه الأشياء ليست من الكسب ولا من توابه . لا يقال : إن مثل تزويج أمته من ضرورات التجارة وإن لم يكن من نفس التجارة فالندرج في قوله أو من ضروراتها . لأننا نقول : ليس ذلك من ضروراتها أيضا لأن المأذون له يملك التجارة إجماعا ولا يملك تزويج أمته عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما سياتى . وقد تقرر عندهم أن من ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته كما مر قبل ، فلو كان ذلك من ضروراتها لملكه المأذون له أيضا إجماعا ، فلا يحصى عن الحذور في كلام الشارع المزبور إلا بأن يجعل لفظ التجارة في كلامه مجازا عن مطلق الكسب إطلاقا للخاص على العام (قوله وكذلك الأب والوصى) في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) يعنى يملك الأب والوصى في رقيق الصغير ما يملكه المكاتب في رقيق نفسه ، ولا يملك في رقيق الصغير مالا يملكه في رقيق نفسه فيملكان تزويج أمه الصغير وكتابة عبده لا تزويجه ولا بيعه من نفسه ولا إعتاقه على مال ، كذا قالوا . واعترض عليه صاحب الإصلاص والإيضاح حيث قال في نقل عنه في الحاشية لقائل أن يقول : الإعتاق على مال أنفع من البيع على ما مر ولا مانع هاهنا ، بخلاف المكاتب فإن كون المتى فوق الكتابة مانع ثمرة فإذا ملكا البيع كان ينبغي أن يملكا المتى على مال أيضا اهـ . أقول : لم يمر في هذا الكتاب ولا في كتابه ولا في شيء من الكتب أن المتى أنفع من البيع ، وإنما الذي مر وتقرر في عامة الكتب أن الكتابة أنفع من البيع لأنها لا تزال الملك إلا بعد وصول البديل إلى المالك والبيع يزيله قبيله ، ولا شك أن الإعتاق على مال يزيله قبله أيضا مع ما فيه من إثبات الدين في ذمة المفلس كما مر آنفا فلم يكن أنفع من البيع لا بحالة ولا نظير البيع فبطل قوله فإذا ملكا البيع كان ينبغي أن يملكا المتى على مال أيضا (قوله فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف : له أن يزوجه أمته) أقول : في هذا التحرير نوع إشكال ، لأنه إن كان المشار إليه بذلك في قوله فلا يجوز له شيء من ذلك ما ذكره قبيل هذه المسئلة من قوله وإن اعتق عبده على مال أو باعه نفسه أو زوج عبده لم يجز ، فع كون كلمة أما في قوله فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك مما يباه ، إذ حكم ما ذكر قبيله أيضا عدم الجواز ينفيه قوله وقال أبو يوسف له أن يزوجه أمته ، فإن تزويج الأمة ليس بدخول في هاتيك الصور المذكورة

قد تقدم أن المكاتب إنما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها ، وإعتاق العبد على مال غيره مما ذكره هاهنا ليس من ذلك فلا يملكه . وقوله (وأما الثالث فتنتقص له) لأن من اشترى عبدا ووجده ذا زوجة يتمكن من الرد بذلك العيب ، وسلامه ظاهر . وقوله (على ما مر) إشارة إلى قوله وإن زوج أمته جاز لأنه اكتساب للمال (قوله وكذلك الأب والوصى) ظاهر (قوله ولأن في تزويج الأمة والمكاتبة نظرا) أما في تزويج الأمة فلما مر آنفا ، وأما في الكتابة فلاه بالعجز يرد قريبا ، فربما كان العجز بعد أداء نجوم وذلك لاشك في كونه نظرا (قوله فأما المأذون له) فظاهر .

(قوله إنما يملك ما كان من التجارة) أقول : الأول أن يقول : من الاكتساب بدل قوله من التجارة حتى يستقيم المحصر فإن الاكتساب أهم من التجارة كما سيحى . بعد سطور ويملكه المكاتب (قوله وقوله فأما المأذون له فظاهر) أقول : لوجه القاء ، إذ لا يتضمن المبدأ معنى الشرط .

وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب وأعتبره بالإجارة .

قيل هذه المسئلة فما معنى بيان خلاف أبي يوسف فيه ، وإن كان المشار إليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب فيجته عليه أنه يجوز له بعض ذلك كالبيع والشراء فانهما يجوزان للمأذون له قطعاً كما يجوزان للمكاتب فلا معنى للسلب الكل . فإن قلت : المشار إليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب أصالة ، ومسئلة جواز البيع والشراء والسفر إنما ذكرت في أول هذا الباب تمهيداً لقوله فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة الخ كما ذكره صاحب العناية ثمة . قلت : قد عرفت هناك أن ما يصلح للتمهيد إنما هو مسئلة جواز السفر دون مسئلتى جواز البيع وجواز الشراء ، فحديث الذكر للتمهيد دون الأصالة لا يتم علواً له هناك ولا هنا . واعلم أن صاحب الوقاية ذكر في هذا الباب أولاً ما يصح من تصرفات المكاتب بقوله صح بيعه وشراؤه وسفروه وإن شرط ضده وإنكاح أمته وكتابة عهده . وثانياً ما لا يصح منها بقوله لا تزوجه إلا بإذنه ولا يهتبه ولو بعوض وتصدقه إلا بيسير وتكفله وإقراضه وإعتاق عهده ولو بمال . ثم لما قال : وشئ من ذا لا يصح من مأذون ومضارب وشريك فظن شارحها صدر الشريعة لما في المشار إليه من الاشتباه والإشكال ، فحمل الإشارة على المنفيات فقط وهي من قوله لا تزوجه الخ لكونها على قرن واحد ولم يجعلها على مجموع المنفيات والتمنيات لعدم تمامها في صورتى البيع والشراء من التمنيات . وأما في هذا الكتاب فلا يتيسر هذا التوجيه . أما أولاً فلأن المنفيات لم تذكر فيه على قرن واحد بل ذكرت كل واحدة من المنفيات والتمنيات مختطة مع الأخرى فلا تفهم الإشارة إلى البعض دون الآخر من القبط . وأما ثانياً فلأن قوله وقال أبو يوسف له أن يزوجه أمته يمنع ذلك . لأن تزويج الأمة من قبيل التمنيات في المكاتب ، وأنا أنسج من شراح هذا الكتاب كيف لم يتعرض أحد منهم هاهنا لا للتوجيه ولا للاستشكال مع ظهور الركاسة في التحرير (قوله هو قاسه على المكاتب وأعتبره بالإجارة) أى أبو يوسف قاس المأذون له على المكاتب ، فإن المكاتب يجوز له أن يزوجه أمته فكل ذلك المأذون له ، وأعتبره بالتزويج بالإجارة فإن المأذون له يجوز له أن يزوج عبده وأمته فكل ذلك يجوز له أن يزوج أمته كذا في الشروح . أقول : في كل

وقوله (وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض) ذكر في بعض الشروح أن المفاوض يجوز له أن يكتب عبد الشركة بلاخلاف واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف وقال : ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه ما فيه . وقوله (هو) يعنى أبا يوسف (قاسه على المكاتب) فإن المكاتب يجوز له أن يزوجه الأمة فكل ذلك المأذون له (وأعتبره بالإجارة أى اعتبره بالتزويج بالإجارة) فإن المأذون له جاز له أن يزوج عبده وأمته فكل ذلك يجوز له أن يزوج أمته ، وقاسه وأعتبره مرادفان . وقيل استعمال القياس بين العينين : أى المأذون والمكاتب ، والاعتبار بين الفعلين : أى التزويج والإجارة لأن المماثلة بين العينين ظاهرة ، إذ في كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه أولى ، بخلاف الفعلين لأن المماثلة بينهما ليست إلا من حيث الفعلية لا غير ، لأن الإجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج ، وفيه نظر لأن المراد بالقياس إن كان هو الشرعى فذلك لا يكون بين عيتين ،

(قوله ذكر في بعض الشروح) أقول : معنى غاية البيان (قوله وفيه ما فيه) أقول : فإن دلالة ترك ذكر الخلاف على الاتفاق ، وما ذكره عن الكرخي أيضاً ممنوعة ، لكن الملازمة الإتفاق لم يقتصر في الاستدلال على ترك ذكر الخلاف من الكرخي وغيره ، بل نقل عن شرح الجامع الصغير لفقهاء أبي الليث ، وعن شرح الطحاوى للإمام الإسيبى ما يدل صريحاً على الاتفاق ، وما ذكر عن الكرخي أيضاً يصلح مؤيداً لذلك ، ويكفى ذلك لذكره في هذا المقام . ثم قوله يجوز له أن يكتب عبد للشركة هو من قلم المكاتب ، والصواب يجوز له تزويج الأمة إذ الكلام فيه (قوله وقيل استعمال القياس) أقول : القائل هو السفتاقي (قوله لأن المماثلة بينهما ليست إلا من حيث الفعلية) أقول : في الحصر كلام ، فانهما يشتركان في كون كل منهما من طرق الكسب (قوله لأن الإجارة معاوضة مال بمال الخ) أقول : لا يندل على الحصر الذى ادعاه (قوله وفيه نظر لأن المراد بالقياس إن كان هو الشرعى الخ) أقول : المراد هو القياس الشرعى . وقوله لا يكون بين عيتين إن أراد أنه لا يكون بين عيتين حقيقة فلم ، وإن أراد أنه لا يحمل العيتين مقيساً ومقيساً عليه مجازاً ففساده ظاهر ، والحكم بالأولوية لظهور المماثلة في الأول دون الثاني .

ولهما أن المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة ، فأما المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب ،

من قياس واعتباره نظر . أما في الأول فلا أنه لو صح قياس المأذون له على المكاتب فيما يجوز له لصح قياسه عليه في كتابة عبده أيضا ، فإن المكاتب يجوز له أن يكتب عبده فينبغي أن يجوز للمأذون له أيضا أن يكتب عبده بطريق القياس ، مع أن كتابة المأذون له عبده مما لا يجوز بالاتفاق . وأما في الثاني فإنه لو تم اعتبار التزويج بالإجارة من حيث أن جوازها للمأذون له يقتضي جوازه له أيضا لزم أن يجوز تزويج عبده أيضا كما يجوز إجارة عبده وأمه على ما نصوا عليه مع أنه لا يجوز له تزويج عبده بالإجماع . ثم إن صاحب النهاية قال : ثم استعمل لفظ القياس في العيينين وهما المأذون والمكاتب ، ولفظ الاعتبار في الفعلين وهما التزويج والإجارة ، لأن المماثلة بين هذين العيينين ظاهرة . إذ في كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف فكان شرط القياس موجودا فاستعمل لفظ القياس لذلك . وأما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير ، لما أن الإجارة من المعاضضات المالية من الجانبين لأن للمنفعة حكم المالية ؛ ألا يرى أن الحيوان لا يثبت ديناً في الذمة بمقابلة المنافع كما لا يثبت ديناً بمقابلة الأموال الحقيقية في البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار هناك أليق اه كلامه . أقول : فيه بحث . أما أولا فلا أنه إن أراد بقوله إذ في كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف أن في كل منهما فك الحجر وإطلاق جميع التصرفات فليس كذلك قطعا . إذ لا يجوز لكل واحد منهما كثير من التصرفات على ما فصل في كتابهما ، وإن أراد بذلك أن في كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف الذي أطلق في الآخر أيضا فليس كذلك أيضا ؛ ألا يرى أنه يجوز للمكاتب أن يكتب عبده ولا يجوز ذلك للمأذون له بالاتفاق ، وإن أراد بذلك أن في كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف بعض من التصرفات في الجملة فهذا القول لا يتحقق المماثلة المصححة للقياس فضلا عن ظهورها . وأما ثانيا فلا أنه قوله لما أن الإجارة من المعاضضات المالية من الجانبين الخ لا يدل على أن تكون المماثلة بين هذين الفعلين من حيث الفعلية لا غير ، فإن انتفاء المماثلة الغير الفعلية بينهما من الحيثية الخصوصية لا يستدعي انتضاءها من اثنيثيات الآخر التي من جعلها كون كل منهما من طرق الكسب فلا يتم التقريب . وقال صاحب النهاية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر ، لأن المراد بالقياس إن كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عيينين ، وإن كان غير ذلك فلا نسلم أولويته اه . أقول : هذا النظر منقطع ، فإن المراد بالقياس هو الشرعي كما يرشد إليه جعله دليلا على المسئلة الشرعية . قوله فذلك لا يكون بين عيينين إن أراد به أنه لا يكون بين نفسى العيينين من حيث ذاتيهما فهو مسلم ، ولكن ليس مواد صاحب النهاية باستعمال القياس بين العيينين استعماله بينهما من تلك الحيثية ، بل مراده بذلك استعماله بينهما من حيث علمهما وتصرفهما ، ولا ريب في جريان القياس الشرعي بينهما من هذه الحيثية ، وإن أراد به أنه لا يكون بين العيينين بحيثية من الحيثيات فهو فاسد لا محالة ، على أنه لو كان المراد بالقياس هاهنا غير الشرعي كان منع الأولوية أيضا ساقطا ، لأن لفظ القياس أكثر وأشهر استعمالا في معنى المماثلة من لفظ الاعتبار ، حتى أن معنى المماثلة كان معتبرا في أصل معنى القياس من حيث اللغة ، ومن هذا قال في صحاح الجوهري وغيره : قاس الشيء بالشيء قدّره على مثاله ، فكان استعمال لفظ القياس في الشئتين اللذين بينهما مماثلة ظاهرة ، واستعمال لفظ الاعتبار في الأمرين اللذين بينهما مماثلة خفية أولى من العكس قطعا ، لأن فيه توفية الأقوى للأقوى والأضعف للأضعف . ثم إن رأى صاحب العناية هاهنا أن يكون لفظ القياس ولفظ الاعتبار مترادفين حيث قال قبل نقل ما في النهاية : وقاسه واعتبره مترادفان اه . أقول : إن أراد أنهما مترادفان من حيث اللغة فهو ممنوع جدا ، وإن أراد

وإن كان غير ذلك فلا نسلم أولويته (ولهما) وهو الفرق بين المأذون والمكاتب (أن المأذون له يملك التجارة ، وهذا) أي تزويج الأمة (ليس بتجارة) لأنه ليس بمبادلة المال بالمال والتجارة ذلك (والمكاتب يملك الاكتساب وهذا) اكتساب (لأنه اسم لما يتوصل به إلى المال ، وبالتزويج توصل المولى إلى المهر فكان اكتسابا .

(قوله وإن كان غير ذلك فلا نسلم أولويته) أقول : فيه بحث .

ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة، إذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد، والله أعلم.

أنهما مترادفان في عرف الفقهاء أو المصنفين فلا وجه يفتيحه (قوله ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة إذ هي مبادلة المال بالمال) أقول: يرد على قوله إذ هي: أي الإجارة مبادلة المال بالمال أنه يلزم حينئذ أن ينتقض تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال بالإجارة مع أنه تعريف مسلم متفق عليه. وأورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال: فيه بحث. لأنه مخالف لما ذكره الشارحون في وجه مناسبة الكتابة بالإجارة فليتأمل اه. أقول: يمكن التوفيق بين ما ذكره المصنف بهاتين وبين ما ذكره الشراح في وجه مناسبة الكتابة بالإجارة في صدر كتاب المكاتب وهو قولهم أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال اه، بأن مرادهم ما ليس بمال ما ليس بمال حقيقة، ومراد المصنف بالمال في قوله إذ هي مبادلة المال بالمال ما هو مال حكما وإن لم يكن مالا حقيقة. فإن أحد البديلين في عقد الإجارة وهو المنفعة جعل في حكم المال بتسليم رقة العين وإقامتها مقام المنفعة، بخلاف عقد الكتابة، ويفصح عن كون المراد بالمال في قوله إذ هي مبادلة المال بالمال ما قلنا قول صاحب معراج الدراية في تعليل ذلك لما ذكرنا من أن المنفعة في الإجارة في حكم المال اه. ثم أقول: ويمكن أن يحمل المال في تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال على المال الحقيقي دون ما يتناول الحكمي بناء على قاعدة انصراف المطلق على الكمال، فحينئذ لا يرد انتقاض تعريف البيع بالإجارة لأن أحد البديلين هناك مال حكما لاحقيقة كما عرفته آتفا. ثم إن عامة الشراح قالوا في تعليل قول المصنف إذ هي مبادلة المال بالمال لأن المنافع في باب الإجارة مال وقال صاحب النهاية بعد ذلك التعليل: ولأن المنافع في باب الإجارة تصلح مهرا في النكاح مع أن النكاح شرع ابتغاؤه بالمال لقوله تعالى - أن تبتغوا بأموالكم - اه. وهكذا قال صاحب العناية أيضا غير أنه لم يذكر الوأو في قوله لأن المنافع في باب الإجارة تصلح مهرا في باب النكاح بل جعله علة لما قبله. أقول: فيه بحث لأنه مخالف لما ذكره المصنف في باب المهر من كتاب النكاح في تعليل قوله وإن تزوج حر امرأة على خدمته سنة أو على تعلم القرآن فلها مهر مثلها حيث قال بعد بيان خلاف الشافعي في ذلك: ولنا أن المشروع إنما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال، وكذا المنافع على أصلنا اه. فإنه صريح في أن المنافع ليست بمال على أصلنا سيما في باب النكاح فتأمل.

(قوله) ولأنه أي التزويج دليل آخر ومعناه أن اعتبار التزويج بالكتابة لأنها مبادلة مال بغير مال أولى من اعتباره بالإجارة لأنها مبادلة المال بالمال، لأن المنافع في باب الإجارة مال (ولهذا) أي ولأن التزويج ليس من الاكتساب (لا يملك هؤلاء) أي المأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب (كلهم تزويج العبد) لأنه ليس باكتساب المال.

(قال المصنف: ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة، إذ هي مبادلة المال بالمال) أقول: فيه بحث، لأنه مخالف لما ذكره الشارحون في وجه مناسبة الكتابة بالإجارة فليتأمل (قوله ولهذا) أي ولأن التزويج ليس من الاكتساب) أقول: إن أراد تزويج الأمة فلا شك أنه من الاكتساب، وإن أراد مطلقا فلم يدع أحد أنه من الاكتساب.

(فصل)

قال (وإذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته) لأنه من أهل أن يكاتب وإن لم يكن من أهل الإعتاق فيجعل مكاتباً تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان ، ألا ترى أن الحر متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه (وإن اشترى ذا رحم محرم منه لأولاده لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة ، وقالوا : يدخل) اعتباراً بقرابة الولاد إذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفرقان في الحر في حق الحرية . وله أن للمكاتب كسباً لا ملكاً . غير أن الكسب يكتفى الصلة في الولاد حتى أن القادر على الكسب يناط ببنفقة الوالد والولد ولا يكتفى في غيرهما حتى لا تجب نفقة الأخ إلا على الموسر ، ولأن هذه قرابة توسعت بين بني الأعمام وقرابة الولاد فألحقناها بالثاني في العتق .

(فصل)

لما فرغ من ذكر مسائل وقوع الكتابة بطريق الأصالة شرع في ذكر مسائل وقوعها بسبيل التبعية وما يتبعها لأن التبعية يتلو

(فصل)

لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل في الكتابة بطريق الأصالة ذكر في هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعها والتبع يتلو الأصل . قال (وإذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته) تقدم الأب في الذكر هاهنا على ابنه للتعظيم ، وأما في ترتيب القوة في الدخول في كتابته فالابن مقدم على الأب سواء كان ولوداً في الكتابة أو مشترى والمولود مقدم على المشتري ، فإن المولود يظهر في حقه جميع أحكام الكتابة بطريق التبعية فإنه يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الأب ، والمشتري يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه البذل بعد موت الأب حالا ، ولا يتمكن من السعاية على نجوم الأب ليظهر نقصان حاله عن المولود في الكتابة في التبعية . وأما الأب فإنه يحرم بيعه حال حياته ابنه المكاتب ، ولم يقبل منه البذل بعد موته لا حالا ولا موجلاً ، وإنما قال دخل في الكتابة ولا يقبل صار مكاتباً ، لأنه لو صار مكاتباً لكان أصلاً ولقيت كتابته بعد عجز المكاتب الأصلي ، وليس كذلك بل إذا عجز المكاتب بيع الأب لما أن كتابة الداخل بطريق التبعية لا لأصالة . فإن قيل : ما الفرق بين المشتري في الكتابة من الأولاد وبين ما إذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير ، فإنه إذا أعتق المشتري لم يسقط من البذل شيء ، وإذا أعتق الصغير يسقط من البذل ما ينقصه . أجيب بأن المشتري تبع من كل وجه فلا يعتبر به في أمر البذل لقروره قبل دخوله في الكتابة . وأما الصغير فقد كان مقصوداً بالعقد من وجه وكان البذل في مقابلته ومقابلته والده فلهذا يسقط ما ينقصه ، ثم المكاتب إذا اشترى من بينه وبينه ولا دخل في كتابته كما ذكرنا لأنه لما لم يكن من أهل الإعتاق جعل مكاتباً تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان (وإذا اشترى ذا رحم محرم منه لأولاده لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة ، وقالوا : يدخل) اعتباراً بقرابة الولاد لأن وجوب الصلة ينتظمهما ، ولهذا لا يفرقان في الحر في حق الحرية ولا يكتفى أن للمكاتب كسباً لا ملكاً لأنه ملك لغيره كما عرف وهذا لا يملك الهبة ، ولو اشترى زوجته لم يفسد النكاح والكسب يكتفى للصلة في الولاد لا في غيره ، ألا يرى أن القادر على الكسب يناط ببنفقة الوالد والولد ولا يجب نفقة الأخ إلا على الموسر ، ولأن هذه : أي قرابة الأخوة (توسعت بين) القرابة البعيدة من (بني الأعمام والقرابة القريبة وهي (الولاد) والمتوسط بين الشئيين خو حظ منهما (ف) حملنا بالشهرين و (ألحقناها بالثانية) أي القرابة في العتق حتى إذا ملك الحر أخاه عتق عليه كما إذا ملك والده

(فصل وإذا اشترى المكاتب)

(قوله والمولود مقدم) أقول : أي المولود في الكتابة الخ (قوله فإنه يحرم بيعه حال حياته) أقول : يعني حال حياة الأب (قوله على نجوم الأب) أقول : يعني بعد موته (قوله ولأن هذه : أي قرابة الإخوة) أقول : الأنسب أن يقال : أي قرابة المحرمية غير الولاد

وبالأول في الكتابة وهذا أولى لأن العتق أسرع نفوذا من الكتابة ، حتى أن أحد الشريكين إذا كاتب كان للآخر فسخه ، وإذا أعتق لا يكون له فسخه . قال (وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يميز بيعها) ومعناه إذا كان معها ولدها ، أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه ، وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في هذا الحكم ، قال عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها » وإن لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد لأنها أم ولد خلافاً لأبي حنيفة .

الأصل (قوله وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يميز بيعها) هذا لفظ القندوري . قال المصنف : ومعناه إذا كان معها ولدها . وقال صاحب العناية في شرح المقام : امرأة المكاتب القنة إذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فإن ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق . أقول : في عبارته خلل ، لأن القنة بالتاء في وصف المرأة تخالف اللغة ، إذ قد تقرر في كتب اللغة عامة أن لفظ القن يستوي فيه الاثنان والجمع والمؤنث حيث قال صاحب المغرب : وأما أمة قنة فلم أسمعها . (قوله وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها ») قال تاج الشريعة : فإن قلت : إذا ثبت للولد حقيقة الحرية يثبت للأُم حقها وماهنا يثبت للولد حق الحرية فينبغي أن لا يثبت للأُم حقها تحقيقاً لانقطاع ربتها عن الولد . قلت : للكتابة أحكام : منها عدم جواز البيع فثبت للأُم هذا الحكم دون الكتابة تحقيقاً لانقطاع الرتبة . فإن قلت : لم لاتصير مكاتباً تبعاً للولد ؟ قلت : لأن القند ما ورد عليها . أقول : فيه نظر ، لأن عدم ورود القند عليها لا يقتضي أن لاتصير مكاتباً أصالة ، ألا يرى أن المكاتب إذا اشترى أباه دخل أبوه في كتابته ويصير مكاتباً تبعاً لولده كما مر ، مع أن القند ما ورد على الأب هناك أيضاً قطعاً . فالجواب في الجواب عن السؤال الثاني أن يقال : إنما لاتصير مكاتباً تبعاً لولده تحقيقاً لانقطاع ربتها عن ولدها في حق الحرية ، ألا يرى أنها لاتصير حرة في الحال تبعاً لحرية ولدها في الحال بل يثبت لها عتق موثّل يموت سيدها على ما عرف في موضعه ، فكذلك لاتصير مكاتباً تبعاً لولدها بل يثبت لها بعض أحكام الكتابة كما ذكر في الجواب عن السؤال الأول ، بخلاف الأب إذا ملكه

أو ولده (وبالأول) أي بالهيدة (في الكتابة) حتى إذا ملك المكاتب أخاه لم يفسخ في كتابته كما إذا ملك ابن عمه (وهذا أولى) من العكس . لأننا لو ألحقناها بالولاد في الكتابة وجب علينا أن نلحقها به أيضاً في العتق (لأنه أسرع نفوذا من الكتابة ، حتى أن أحد الشريكين إذا كاتب كان للآخر فسخه : وإذا أعتق ليس له ذلك) وفي ذلك إبطال لأحد الشبهين وإعمالهما ولو بوجه أولى من إعمال أحدهما . قال (وإذا اشترى أم ولده الخ) امرأة المكاتب القنة إذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها ، فإن ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق لأن ولدها دخل في الكتابة كما مر ولم يميز بيعها إذا عجز ، والأُم تابعة للولد في هذا الحكم ، قال صلى الله عليه وسلم « أعتقها ولدها » وإن ملكها وحدها فكذلك عندها لأنها أم ولد خلافاً لأبي حنيفة . له أن القياس جواز بيعها وإن كان الولد معها ، لأن كسب المكاتب موقوف على أدائه جميع البدل ، فإن أدى عتق ، وما فضل معه فهو له ، وإن عجز عاد هو وماله للمولى ، وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ ، وما يقبل الفسخ لا يجوز أن يتعلق به مالا يقبل الفسخ كالاستيلاء ، لأن ما لا يقبله أقوى من الذي يقبله ، والأقوى لا يجوز أن يكون تبعاً للأدنى إلا أنه يثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما إذا كان معها ولدها لثبوته في الولد بناء عليه ، وبدون الولد لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء القياس ينفيه . ولقائل أن يقول : القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل ، فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه مناف لصدر الكلام تحكيم . والجواب أنه ليس بتحكم ، وإنما هو من باب الاستحسان بالأثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم « أعتقها ولدها » ولا شك أن الولد إنما يعتق إذا ملكه الأب . وقوله والقياس ينفيه : يعني

(قوله قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه) أقول : أي بالثراء أو الهبة أو الإجارة ، وقوله بوجه متعلق بقوله يملكها .

وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد لأن كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به مالا يحتمل الفسخ، إلا أنه ثبت به هذا الحق فيها إذا كان معها ولد تبعاً لثبوته في الولد بناء عليه. وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه (وإن ولد له ولد من أمة له دخل في كتابته) لما بينا في المشتري (وكان حكمه كحكمه وكسبه له) لأن كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه . وكذلك إن ولدت المكاتب ولدًا لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكداً فيسرى إلى الولد كالتدبير والاستيلاء .

ولده فإنه يدخل في عين حرية ولده سواء كانت حقيقة الحرية أو حقها تحقيقاً لصفة بقدر الإمكان على ما مر . ثم قال تاج الشريعة : فإن قلت : العقد ما ورد على الولد أيضاً . قلت : ورد على المكاتب والولد جزءه فيكون وارداً عليه بخلاف الأمة اهـ . أقول : فيه أيضاً نظر ، لأن كون قرابة الولد قرابة جزئية لا يقتضي أن يكون ورود العقد على الأب وروداً على الولد أيضاً ولا يلزم أن تكون كتابة الولد أيضاً فإن فيه أصالة لاتباعه لوالده فلا يصح قول المصنف : أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا كما لا يخفى . ويلزم أيضاً أن لا يثبت . فرق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بين ما إذا كان معها ولدها في الاشتراء وبين ما إذا لم يكن ولدها معها فيه تدبر تنق (قوله وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد . إلى قوله : وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه) قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل ، فتخصيص فيه بالابتداء مع أنه مناف لصدر الكلام تحكم . والجواب أنه ليس بتحكم وإنما هو من باب الاستحسان بالأثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم « أعصها ولدها » ولا شك أن الولد إنما يعق الأم إذا ملكه الأب . وقوله والقياس ينفيه : يعني ولا نص فيه بتركه به القياس ، بخلاف ما إذا كان معها ولدها ، إلى هنا كلامه . أقول : في الجواب بحث ، وهو أن الأثر المذكور لا يفرق بين ما إذا كان معها ولدها وبين ما إذا لم يكن معها ولد ، بل هو بظاهر إطلاقه يتناول الصورتين معاً ، وقوله ولا شك أن الولد إنما يعق الأم إذا ملكه الأب إن أراد أن الأثر المذكور يدل عليه فهو ممنوع جداً ، وإن أراد به أن ذلك المعنى ثابت مقرر بدون دلالة الأثر المذكور عليه فهو يؤدى إلى المصادرة إذ هو أول المسئلة ، فإن الإمامين لم يقلوا فلذلك يجوز بيع المكاتب أمته المشتراة التي ولدت منه قبل أن يملكها بناء على أنها أم ولد له وإن لم يملك ولدها .

ولا نص فيه بتركه به القياس ، بخلاف ما إذا كان معها الولد (وإن ولد للمكاتب ولد من أمة له دخل في كتابته لما بينا في المشتري) يعني في أول الفصل حيث قال : لأنه من أهل أن يكتب إن لم يكن من أهل الاعتاق . واعتراض بأن المكاتب لا يملك التسرى فمن أين له ولد من الأمة حتى يدخل في الكتابة . وأجيب بأن معنى قوله لا يملك التسرى لا يملك له وطء أمته ، لكن إن وطئ وأدعى النسب ثبت النسب كالحالوية المشتركة فإنه ليس لأحد الشريكين وطئاً ، لكن إن وطئها فولدت وأدعاه ثبت النسب . قال في الميسر : جارية بين حر ومكاتب ولدت ولداً فادعاه المكاتب ، فإن الولد ولده والجارية أم ولد له ، ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ، ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً لأن المكاتب يملك من حق الملك في كسبه يملك الدعوة كالحرف فبقيام الملك له في نصفها هاهنا يثبت نسب الولد منه من وقت الطلاق . ويثبت لما حق أمة الولد في حق امتناع البيع تبعاً لثبوت حق الولد (قوله وكان حكمه كحكمه) أى حكم الولد كحكم المكاتب (وكسبه له) أى كسب الولد لوالده (لأن كسب الولد كسب كسبه) إذ الولد كسبه (وكان ذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاص المكاتب بكسبه ولده ، وكذلك إذا ولدت المكاتب من زوجها دخل الولد في كتابتها لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكداً) فصار من الأوصاف القارة الشرعية والأوصاف القارة الشرعية في الأمهات (كالتدبير والاستيلاء) والرق تسرى إلى الولد ، فقوله مؤكداً إشارة إلى ذلك احترازاً عن ولد الآبقة ، فإن بيعها لا يجوز وبيع ولدها يجوز لأن امتناع البيع في الآبقة غير مؤكداً إذ الإباق مما لا يدوم ، وكذا بيع المستأجرة والجانبة فإن الأمة إذا انتصفت بهما امتنع بيعها إلا مقرراً بشيء لكنه ليس بمؤكداً ، فقوله الأوصاف القارة احتراز عن مثل هذين الوصفين . وقوله الشرعية احتراز عن السواد والياض والطول والتقصير فلها لا تسرى ، وإذا

قال (ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولدا دخل في كتابها وكان كسبه لها) لأن تبعية الأم أرجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية . قال (وإن تزوج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة فولدت منه ثم استحققت فأولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة) وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : أولادها أحرار بالقيمة) لأنه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور ، وهذا لأنه ما رغب في نكاحها إلا لينال حرية الأولاد ، ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا ، وهذا لأن الأصل أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية ، وخالفنا هذا الأصل في الحر بإجماع الصحابة رضي الله عنهم . وهذا ليس في معناه لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وهاتها بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق

قط ، عل أن قوله ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب ليس بنام على قول أصحابنا جميعا ، لأنه إن أراد بالملك في قوله إذا ملكه الأب ملك العيين فهو ليس بشرط في إعتاق الولد أمه عند أحد من الفقهاء ، ألا يرى أن الحر إذا استولد أمة نفسه لا يجوز بيعها بالآثر المزبور بعينه مع أن الولد هناك ليس بمملوك للأب ملك العيين بلا ريب ، وإن أراد بذلك ملك التصرف في أمره بالولاية عليه فهو أيضا ليس بشرط في إعتاق الولد أمه عند أصحابنا ، فإن من استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولده له عند أصحابنا جميعا على ما مر في باب الاستيلاء من كتاب العتاق فلا يجوز بيعها عندهم ، مع أن التصرف في أمر ذلك الولد في الولاية عليه إنما هو لذلك الغير الذي كان مولى ذلك الولد بسبب أن كانت الأمة مملوكة له عند الاستيلاء لا لأبيه ، فظهر أن قوله ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب ليس بنام على كل حال (قوله ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولدا دخل في كتابها وكان كسبه لها) وفي بعض النسخ : دخل في كتابها وكان كسبه لها أي في الدخول يتبعهما ،

سرت كتابها إلى ولدها لم يميز بيعة كما لم يميز بيع أمه . قال (ومن زوج أمته من عبده) هذا أيضا بناء على أن الأوصاف الغارة الشرعية في الأمهات تسرى إلى الأولاد ولهذا كان الولد داخلًا في كتابة الأم وكسبه لها (قوله لأن تبعية الأم أرجح) إشارة إلى ما ذكرنا ولهذا استوضح بقوله ولهذا يتبعها في الرق والحرية . وفي بعض النسخ : دخل في كتابها وكسبه لها أي في الدخول يتبعهما وفي الكسب يتبعها خاصة ، والأول هو الوجه لأن فائدة الدخول هو الكسب ، وإنما كان تبعية الأم أرجح لأنه جزء منها بحيث يفرض منها بالمقراض . قال (وإن تزوج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة فولدت منه ثم استحققت فأولادها عبيد ولا يأخذهم المكاتب بقيمة يؤدبها إلى المستحق عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : أولادها أحرار بالقيمة) لأنه ولد المنور لوجود سببه وهو الغرور ، لأنه ما رغب في نكاحها إلا لينال حرية الأولاد فيجب عليه قيمة الأولاد والمهر في الحال لوجود الإذن من المولى والأولاد أحرار ، هكذا في المبسوط . وفي شروح الجامع الصغير أن قيمة الأولاد عنده متأخرة أدواها إلى ما بعد العتق ، وإليه أشار المصنف بقوله (لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة الخ) ثم إذا غرم القيمة يرجع عليها عنده لأن الغرور حصل منها (ولهما أنه مولود بين رقيقين ، والمولود بين رقيقين رقيق ، وهذا لأن الأصل في الولد أن يتبع الأم في الرق والحرية . لكن تركنا هذا الأصل فيها إذا كان الرجل حرا بإجماع الصحابة) وقد قررناه في التثريب (وهذا) أي ولد المكاتب (ليس في معناه لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وهاتها بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق) فكان المانع عن

(قوله والأول هو الوجه لأن فائدة الدخول هو الكسب) أقول : فيه تأمل ، إذ يجوز أن يقال : فإثباته أن يعتق بعتها سواء كسب أم لا بأن يبلغ مبلغ الكسب مثلا (قوله وهذا لأن الأصل في الولد أن يتبع الأم في الرق والحرية) أقول : قد يكون الولد حرا من زوجين اثنين بلا تحرير وصية . وصورته أن يكون للسر ولد وهو تقي لأجنبي فزوج الأب أمته من ولده برضا مولاه فولدت الأمة ولدا فهو حر لأنه ولد لولد الحر ، كما في جامع القصرين ، ولا ترد هذه فقهنا على الكلية لأنها مقبولة بانتهاء المانع (قال المصنف : وهذا ليس في معناه ، لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وهاتها بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق

فيبقى على الأصل ولا يلحق به . قال (وإن وطئ المكتاب أمة على وجه الملك بغير إذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة ، وإن وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له) ووجه الفرق أن في الفصل الأول ظهر الدين في حق المولى لأن التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة ، وهذا العقر من توابعها ، لأنه لو لا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر . أما لم يظهر في الفصل الثاني لأن النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا تنظمه الكتابة كالكفالة . قال (وإذا اشترى المكتاب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردّها أخذ بالعقر في المكتابة ، وكذلك العبد المأذون له) لأنه من باب التجارة ، فإن التصرف تارة يقع صحيحا و مرة يقع فاسدا ، والكتابة والإذن ينظمانه بنوعيه كالتركيب فكان ظاهرا في حق المولى .

(فصل)

قال (وإذا ولدت المكتابة من المولى

وفي الكسب يتبعها خاصة ، والأول هو الوجه لأن فائدة الدخول هو الكسب ، كذا في المنة وغيرها . قال بعض الفضلاء : فيه تأمل ، إذ يجوز أن يقال فائدته أن يعتق بمقتضاها سواء كسب أم لا بأن لم يبلغ مبلغ الكسب مثلا انتهى . أقول : ليس هذا بشيء لأن المراد أن فائدة دخول الولد في كتابة الأب هو الكسب له لا غير ، لأنه لا يتبع الأب في الرق والحرية ، فلما كان كسبه للأمة خاصة لم تتحقق فائدة قط في دخوله في كتابة أبيه فكان القول بدخوله في كتابة أمه فقط هو الوجه . ثم إن حق الولد يعتق أمه إنما يكون فائدة الولد نفسه لا للدخول فيه . والكلام في الثاني . وإن ساء تعميم الفائدة أو جعل فائدة الولد فائدة لأمة أيضا فذلك الفائدة أيضا إنما تتحقق بالنظر إلى دخوله في كتابة أمه فقط ، فلا ينافي كون الأول هو الوجه . بل يؤيده . وأما حديث أن لا يبلغ الولد مبلغ الكسب فلا فائدة له هاهنا ، لأن المراد بفائدة الدخول ما يصلح أن يكون فائدة في الجملة ، والكسب كذلك فإنه على تقدير حصوله يصير فائدة .

(فصل)

مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الأول ، فصلها بفصل ووصلها بالذكر ، كذا في الشروح

الإلحاق به موجودا وهو الضرر اللاحق بالمستحق في التأخير (فيبقى على الأصل ولا يلحق به ، وإذا اشترى المكتاب أمة ووطئها بغير إذن المولى) أو يذنه لكنه قال بغير إذنه ليعين منه ما إذا كان يذنه بطريق الأولى (ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة من غير تأخير إلى الإعتاق) وإن وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق (فإذا كان بغير إذنه (و) حكم (المأذون له كذلك) فإنا كان أو مديرا ، والفرق المذكور في الكتاب تقريره الكتابة أوجب الشراء والشراء أوجب سقوط الحد وسقط الحد أوجب العقر ، فالكتابة أوجب العقر ، ولا كذلك النكاح ، وبقي كلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح .

(فصل)

مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الأول فصلها بفصل (قوله وإذا ولدت المكتابة من المولى) وذلك

فيبقى على الأصل ولا يلحق به) أقول : قيل وعلى تقدير أن تجب القيمة عند عبده حالا فنقول : ولد للمكاتب ليس فحسب الحر ، لأنه انطلق من ماء الرقيق ، وولد الحر انطلق من ماء الحر فافترقا من هذا الوجه ، فلا يلحق حله بولد الحر المنفرد بالقياس والله لا لتنتحل . (قوله تقريره الكتابة أوجب الشراء) أقول فيه : بحث : ألا أن يقال : المراد أوجب صحة الشراء .

(فصل وإذا ولدت المكتابة)

فهى بالخيار إن شاعت مضت على الكتابة ؛ وإن شاعت عجزت نفسها ، وصارت أم ولد له) لأنها تلقىها جهتها حرية عاجلة بيدل وأجلة بغير بدل فتخير بينهما ، ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لأن المولى يملك الإعتاق فى ولدها وما له من الملك يكفى لصحة الاستيلاء بالدعوة . وإذا مضت على الكتابة أخذت العمر من مولاهما لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قلنا . ثم إن مات المولى عثقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة ، وإن ماتت وهى وتركت مالا تؤدى منه مكاتبها وما بقى ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة ، وإن لم ترك مالا فلا سعاية

(قوله ثم إن مات المولى عثقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة . قال تاج الشريعة ، فإن قلت : ينبغي أن لا يسقط لأن الأكساب تسلم لها وكذا أولادها التى اشتراها بعد الكتابة وهذا آية بقاء الكتابة . قلت : الكتابة تشبه المعاوضة ، وبالنظر إلى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط ، وبالنظر إليه يسقط ؛ ألا يرى أنه لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها ثلاثا يطل التعليق فلما عثقت بالاستيلاء بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الأكساب عملا بجهة المعاوضة ، وقلنا يسقط بدل الكتابة عملا بجهة الشرط ، انتهى كلامه . وقد اتفقت أثره صاحب العناية والشارح العنى فى هذا السؤال والجواب . أقول : فى الجواب نظر . أما أولا فلا أنه قد تقرر فيما مرّ مرارا أن العمل بالشبهين إنما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين ، وهما هنا ليس كذلك لأن جهة كون الكتابة معاوضة تستلزم عدم سقوط البدل ، وجهة كونها شرطا تستلزم سقوطه ، وهما : أى السقوط وعدمه متنافيان قطعاً لا يمكن اجتماعهما فى محل واحد فى حالة واحدة ، وتنافيان للآزمين يوجب تنافى المزموعين فلا يمكن اجتماعهما كذلك . وأما ثانياً فلا أن العمل بالشبهين لو تصوّر هاهنا فلنما يتصور عند ثبوت الكتابة لأنها هى المشابه لكل من المعاوضة والشرط ، لا عند بطلانها لأنه ينفي حيثل محل المشابهة بالكلية ، فما معنى قول هؤلاء الشراح : فلما عثقت بالاستيلاء بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين . وقلنا بسلامة الأكساب عملا بشبه المعاوضة ، وقلنا يسقط الكتابة عملا بشبه الشرط . ثم أقول : الحق

بأن ادعاهما (فهى بالخيار إن شاعت مضت على الكتابة ، وإن شاعت عجزت نفسها وصارت أم ولد له سواء صدقته إذا ادعى أو كذبت ، لأن المولى حقيقة الملك فى رقبها ولها حق الملك والحقيقة راجعة فيثبت من غير تصديق وإنما تتخير (لأنه تلقىها جهتها حرية عاجلة بيدل وأجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى سواء جاءته به لسته أشهر أو أكثر (وهو حرّ لأن المولى يملك الإعتاق فى ولدها) لأن الدعوى من المولى كالتحرير ، وأنه يملك تحرير ولدها من غيره قصداً ، فلأن يملك ذلك ضمن الدعوى بطريق الأولى . وقوله (وما له من الملك) دليل قوله ونسب ولدها ثابت من المولى ، ويندفع به ما عسى أن يتوهم أن ملك المولى فى الكتابة ناقص فلا تصح دعواه . لأن ملكه فيها أقوى من ملك المكاتب فى مكاتبته بدليل جواز إعتاق المولى مكاتبته دون المكاتب ، والمكاتب إذا ادعى نسب الولد من مكاتبته يثبت نسبة فلأن يثبت من المولى أولى ، (فإن اختارت الكتابة ومضت عليها أخذت العمر من مولاهما) أى مهر مثلها (لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قلنا) يعنى قبل فصل الكتابة الفاسدة بقوله لأنها صارت أخص بأجزائها توسلا إلى المقصود بالكتابة (ثم إن مات المولى) يعنى بعد مضىها على الكتابة (عثقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة) على ما نذكره . فإن قيل : وجب أن لا يسقط لأن الأكساب هاهنا تسلم لها وهذا آية بقاء الكتابة . أجب بأن الكتابة تشبه المعاوضة ، وبالنظر إلى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط ، وبالنظر إليه يسقط ، ألا يرى أنه لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها ثلاثا يطل التعليق فلما عثقت بالاستيلاء بطلت جهة الكتابة به فعملنا بالشبهين ، وقلنا بسلامة الأكساب عملا بشبه المعاوضة ، وقلنا يسقط بدل الكتابة عملا يشبه الشرط (وإن ماتت وهى وتركت مالا تؤدى منه مكاتبها وما بقى ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة ، وإن لم ترك مالا فلا سعاية

(قوله سواء صدقته إذا ادعى أو كذبت لأن المولى الحق) أقول : قوله لأن تعليق لقوله أو كذبت (قوله فعملنا بالشبهين) أقول : نظرنا لما (٢٤ - تكملة فصع للتحرير حتى - ٩)

على الولد لأنه حرّ، ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى إلا أن يدعى لحرمة وطئها عليه ، فلو لم يدع وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد لأنه مكاتب تبعها لها ، فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لأنه بمنزلة أم الولد إذ هو ولدها فيتبعها . قال (وإذا كاتب المولى أم ولده جاز) لحاجتها إلى استفاضة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكاتبة ، ولا تنافي بينهما لأنه تلقها جهتها حرية (فإن مات المولى عتقت بالاستيلاء) لتعلق عتقها بموت السيد (وسقط عنها بدل الكاتبة) لأن الغرض من إعجاب البذل العتق عند الأداء ، فإذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكاتبة لامتناع إبقائها بغير فائدة ،

في الجواب عن ذلك السؤال ما أشار إليه المصنف في المسئلة الآتية بقوله غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد ، لأن الكاتبة انفسخت في حق البذل وبقيت في حق الأكساب والأولاد ، لأن الفسخ لنظرها والنظر فيها ذكرناه انتهى تأمل (قوله وإذا كاتب المولى أم ولده جاز) لحاجتها إلى استفاضة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكاتبة ، ولا تنافي بينهما لأنه تلقها جهتها حرية) قال صاحب النونية : لا يقال أحدهما يقتضى العتق ببذل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين ، لأنه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقاها على سبيل البذل انتهى . ورد بعض الفضلاء قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين بأن قال : إن أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم ، كيف وفي العتق بالكاتبة تسلم لها الأكساب ، بخلاف العتق بأموية الولد ، وإن أراد النوعية فلا تنافي انتهى . أقول : وهو مردود بشقيه . أما شقه الأول فلأن صاحب النونية إن أراد بقوله والعتق الواحد لا يثبت بهما الوحدة الشخصية كما هو الظاهر فلا مجال لعدم تسليمه ، لأنه ما قال العتق الواحد يثبت بهما حتى لا يسلم ذلك ويعمل اختلاف العتق بالكاتبة ، والعتق بأموية الولد في الوازم سندا لمنع ذلك ، بل قال : العتق الواحد لا يثبت بهما ، وعدم ثبوت العتق الواحد الشخصي بالسببين المخطئين في الوازم أمر جلي لا يقبل المنع ، وما ذكره ذلك البعض في معرض السند بقوله كيف وفي العتق بالكاتبة الخ لا يصح أن يكون سندا لمنع ذلك ، بل إنما يكون حلة لسقوط المنع عنه . وأما شقه الثاني فلأنه إن أراد بقوله فلا تنافي في قوله ، وإن أراد النوعية فلا تنافي أنه لا تنافي بينهما من حيث الاجتماع فهو ممنوع . كيف والعتق بالكاتبة يستلزم سلامة الأكساب لها ، بخلاف العتق بأموية الولد فأنى يجتمعان معا ، وإن أراد بذلك أنه لا تنافي بينهما من حيث

على الولد لأنه حرّ ولو ولدت ولدا آخر (وهى ماغية على الكاتبة (لم يلزم المولى) بالسكوت لأن نسب ولد أم الولد إنما يثبت بالسكوت إذا لم تكن حرم الوطء وهذه محرم وطؤها فلا بد من الدعوة ، وباقى كلامه ظاهر والله أعلم . قال (وإذا كاتب المولى أم ولده جاز) وإذا كاتب المولى أم ولده جاز ، لأن الكاتبة يتوسل بها إلى ملك السيد في الحال ، والحرية عند أداء البذل وحاجة أم الولد إلى استفاضة هذا المعنى قبل موت المولى كحاجة غيرها فكان جائزا . لا يقال : أحدهما يقتضى العتق ببذل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين ، لأنه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقاها على سبيل البذل . وعورض بأن مالية أم الولد غير مقنونة عند أى حنفية فكيف يقابلها بدل مقنوم . وأجيب بأن ملك المولى فيها ثابت يدا ورقبة ، والكاتبة لرفع الأول في أول الحال ولرفع الثاني في الثاني ، والملك يجوز أن يقابل ببذل مقنوم ، وإن لم يكن مقنوما كملك القصاص إذا عفا بعض الأولياء فإنه يقابل حصص الآخرين بالمال (فإن مات المولى عتقت بالاستيلاء لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكاتبة ، لأن الغرض من إعجاب البذل العتق عند الأداء ، فإذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكاتبة لامتناع إبقائها بلا فائدة) بالنسبة إلى البذل ، وبقيت في حق الأولاد والأكساب يبقى الأولاد وتخلص لها الأكساب .

(قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين) أقول : إن أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم ، كيف وفي العتق بالكاتبة تسلم لها الأكساب بخلاف العتق بأموية الولد ، وإن أراد النوعية فلا تنافي (قوله على سبيل البذل) أقول : وتوارد ملتين متعينتين : الاجتماع على مملوك واحد شخصي لا يتمتع .

غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد لأن الكتابة انفسخت في حق البديل وبقيت في حق الأكساب والأولاد، لأن النسخ لنظرها والنظر فيها ذكرناه . ولو أدت المكتابة قبل موت المولى عقت بالكتابة لأنها باقية . قال (وإن كاتب مديرتة جاز) لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي ، إذ الحرية غير ثابتة ، وإنما الثابت مجرد الاستحقاق (وإن مات المولى

الثاني على سبيل البديل فهو عين ما قاله صاحب الثماني في تحليل لا يقال (قوله غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد لأن الكتابة انفسخت في حق البديل وبقيت في حق الأكساب والأولاد ، لأن النسخ لنظرها والنظر فيها ذكرناه) قال صاحب غاية البيان : ولقاتل أن يقول : النظر في إيفاء حقها إليها وحققا الحرية وقد حصل لافي إبطال حق الغير ، لأن الكسب حصل لما قبل موت المولى وكلامنا فيه ، ولم تنق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لما لأنها عقت بالاستيلاء لا بالكتابة انتهى . وقال بعض الفضلاء : بعد نقل هذا الإيراد عن الشارح المزبور : وأنت خير أنه ليس فيه إبطال حق الغير لأنها عقت وهي مكاتب ، وملكها بمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل انتهى . أقول : ليس هذا بدفع صحيح لأن ملك المكاتب

ولقاتل أن يقول : الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة . والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين : أحدهما أن يبطل بعجز المكاتب على إيفاء البديل ، والثاني أن يبطل بانتهاه بإيفائه ، وبالأول يعود رقيقاً وأولاده وأكسابه لمولاه ، وبالثاني يبقى هو وأولاده ويخلص له ما بقي من أكسابه ، وحيث احتجنا ما هنا إلى بطلان الكتابة نظراً للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الأول صرنا إليه . لا يقال : في كلام المصنف تسامح ، لأنه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائتة ثم علله بالنظر له ، والمطلوب الواحد بالشخص لا يبطل بعلمتين مختلفتين ، لأن للكتابة جهتين : جهة هي للمكاتب ، وجهة هي عليه ، وعلل الثانية بالأولى والأولى بالثانية فتأمل فلعلة شديد (ولو أدت المكتابة) بالنسب : أي بدل المكتابة . وفي بعض النسخ : ولو أدت المكتابة وهو بتقدير مضاف (قبل موت المولى عقت بالكتابة لأنها باقية وإن كاتب مديرتة) وضع المسئلة مناسبة لما تقدم من أم الولد ووضعها في الميسوط في المدير ، وإنما جاز كاتبها لوجود مقتضى وهو الحاجة ، فإن الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية لا حقيقتها وانضاء المانع وهو عدم المناقاة كما تقدم . قال (وإن مات المولى

(قال المصنف : غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد) أقول : قال الإفتاى : لم نجده في الرواية المنصوبة . ولقاتل أن يقول : النظر إليها في إيفاء حقها إليها وحققا الحرية وقد حصل ، لافي إبطال حق الغير لأن الكسب حصل لما قبل موت المولى وكلامنا فيه ، ولم تنق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لما لأنها عقت بالاستيلاء بالكتابة . ولما في قوله تسلم لها الأولاد أيضاً نظر ، لأنه لاجابة إلى ذكر الأولاد بالتفصيل قلبي ذكره ، لأن الكتابة لو أعجرت فسوغة الأولاد أيضاً في حق يكون النظر لها باقياً ، لأن حكم ولد أم الولد حكم الأم لأنه تابع للأم حالة الولادة له كلامه . وأنت خير . بأنه ليس فيه إبطال حق الغير لأنها عقت وهي مكاتب ، وملكها بمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل (قوله فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة) أقول : امتناعه غير بين ولا يبين في العقود الشرعية حكم لما نظائر (قوله ولقاتل أن يبطل بانتهاه بإيفائه) أقول : فيه شبه ، فإن بالإيفاء يتقرر ولا يبطل . والحق أن بطلان الثاني لحصول المعلول وهو المقتضى بلمة أخرى فالسبي في إيفائه يمدى يكون سبياً في تحصيل المخلص ، وهذا هو الذي أشار إليه المصنف على ما قرره الشارح (قوله وكان النظر له في الثاني دون الأول صرنا إليه) أقول : وفيه أنه ليس في الثاني إيفاء الكتابة مع إبطالها وكان الكلام فيه . وجوابه أن عقتها كانت بأسومية الولد حقيقة ، لكن جعلت الكتابة باقية ثم منتهية باطله بالإيفاء نظراً له ، فليس الإيفاء والإبطال في زمان واحد حتى يتناقيا فتأمل (قوله والمطلوب الواحد بالشخص لا يبطل بعلمتين مختلفتين) أقول : إذا كانتا قريتين ولا تسلم ذلك فيما نحن فيه (قوله لأن الكتابة جهتين : جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه) أقول : أراد من قوله هي أولاً المقتضى ومن قوله هي ثانياً البطل (قوله فإن الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية) أقول : وعلى هذا فنقول للمصنف إذ الحرية غير ثابتة تحليل لوجود المقتضى ، والظاهر أنه تحليل لا انتفاء المانع ، فله أو ثبت لها حقيقة الحرية بالتدبير امتنعت للكتابة به أو بكليهما (قوله وانضاء المانع) أقول : مدفوف على قوله لوجود المقتضى .

والمكاتبية في أكسابهما إنما هو يدا لارقة ولهذا لا يمكن التبرع فيها . وإنما رقية أكسابهما ملك مولاهما كرقية أنفسهما ما لم يؤدبا بدل كتابتهما بالتام كما يفهم هذا كله مما سبق وما يأتي . فقولوه وملكتها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه ليس بجيد لأن ملكها في كسبا يدا لا يمنع ملك الغير الذي هو المولى فيه رقية فلا يتدفع الاستشكل بلزوم إبطال حق الغير بالنظر إلى ملك الرقية ثم قال صاحب العناية : ولنا في قوله تسلم لها الأولاد أيضا نظر ، لأنه لا حاجة إلى ذكر الأولاد بالتعليل الذي ذكره لأن الكتابة لو اعتبرت مفسوخة أيضا في حق الأولاد يكون النظر لها باقيا ، لأن حكم ولد أم الولد له حكم الأم لأنه تابع للأم حالة الولادة انتهى كلامه . أقول : هذا النظر ساقط جدا ، لأن المراد بالأولاد التي ذكرت بالتعليل المذكور هي الأولاد التي ولدت قبل كتابة أمها من غير مولى أمها وقد اشترتها أمها حالة الكتابة كما صرح به تاج الشريعة حيث فسر الأولاد في قول المصنف تسلم لها الأكساب والأولاد بقوله : أي الأولاد التي اشترتها المكاتبية في حال الكتابة لا الأولاد التي ولدت من مولاهما انتهى . ولا شك في الحاجة إلى التعليل الذي ذكره المصنف في بيان سلامة أمثال تلك الأولاد ، إذ لو اعتبرت الكتابة مفسوخة أيضا في حق أمثالهم لكانوا أرقاء لورثة المولى فلم يكن النظر لها باقيا في حقهم إذ ذاك قطعا . وقال صاحب العناية في هذا المقام : ولقاتل أن يقول : الكتابة عقد احد فكيف ويتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة ؟ والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين : أحدهما أن يبطل بمجرد المكاتب عن إيفاء البذل ، والثاني أن يبطل بانتهائه بإيفائه . وبالأول يعود رقيقا فأولاده وأكسابه لولاه ، وبالثاني يقتضي هو وأولاده ويخلص له ما بقي من أكسابه ، وحيث احتجنا إلى إبطال الكتابة نظرا للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الأول صرنا إليه . أقول : لا السؤال شيء ولا الجواب . أما الأول فلأن كون الكتابة عقدا واحدا لا ينافي تصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة إذا كانا من جهتين مختلفتين ، فأنهم شرطوا في تحقق التناقض أموراً منها وحدة الجهة ، وهاهنا لم تتحقق تلك الوحدة لأن بطلان عقد الكتابة من جهة البذل وعدم بطلانه من جهة الأولاد والأكساب كما يفصح عنه قول المصنف ، لأن الكتابة انفسخت في حق البذل وبقيت في حق الأكساب والأولاد فلا محذور أصلا . وأما الثاني فلو جوه : أحدهما أن انتهاء الكتابة بإيفاء البذل إنما هو تمامها وتقررها ، فجعل أحد طريق بطلانها بما لا يساعده العقل والنقل . وثانيها أن المكاتبية في مستثنى هذه ممن لم يقع منه إيفاء البذل فكيف يحمل بطلان الكتابة في حقها على إيفائه واعتبار غير الواقع وإنما مجرد النظر لها مما لا نظير له في قواعد الشرع . وثالثها أن قول المصنف لأن الكتابة انفسخت في حق البذل وبقيت في حق الأكساب والأولاد ينافي المعنى الذي عده الشارح المزبور تحقيق كلامه ، لأنه على تقدير أن يحمل المقام على انتهاء الكتابة بإيفاء تمام البذل يصير إتمام الكتابة في حق البذل وفي حق الأكساب والأولاد على السواء كما هو الحال عند إيفاء البذل حقيقة فلا يكون لاعتبار انفساخ الكتابة في حق البذل وبقيتها في حق الأكساب والأولاد وجه . ورابعها أن حمل بطلان عقد الكتابة هاهنا على المعنى الثاني الذي تخيله هذا الشارح لا يلدغ أصل السؤال ، لأن بطلان العقد على أي معنى كان وعدمه في حالة واحدة متنافيان قطعا إذا كانا من جهة واحدة ، وإن صير إلى اختلاف الجهتين لا يبيح احتياج إلى مقدمة من مقدمات الجواب المذكور أصلا . ثم قال صاحب العناية : لا يقال في كلام المصنف تسامح لأنه على بطلانه بامتناع بقاءه من غير فائدة ، ثم علله بالنظر له والمحلل الواحد بالشخص لا يعطى بعلمتين مختلفتين ، لأن للكتابة جهتين : جهة هي للمكاتب ، وجهة هي عليه ، وعلل الثانية بالأولى والأولى بالثانية فتأمل فله سيد ، إلى هنا كلامه . أقول : هذا السؤال أيضا ليس بشيء وجوابه ليس بسديد . أما الأول فلأن المحلل الواحد بالشخص إنما لا يعطى بعلمتين مستقتن على سبيل الاجتناع . وأما على سبيل البذل فيعمل بهما قطعا على ماتين في موضعه ، والأمر فيها نحن فيه وفي سائر المسائل التي يذكر لها دليلا أو أدلة كذلك ، فإن المقصود في أمثال ذلك التنبيه على أن كل واحد من الدليلين أو الأدلة مما يصح أن يعطى به المطلوب بدلا عن الآخر .

ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة (وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : تسعى في أقل منهما . وقال محمد : تسعى في الأقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة . فالخلاف في الخيار والمقدار . فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار ، ومع محمد في نفي الخيار . أما الخيار ففرع تجزؤ الإعتراف عنده لما تجزأ بقي الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببديلين معجل بالتدبير وموئجل بالكتابة فتخير . وعندها لما عتق كلها بعثت بعضها فهي حرة وجب عليها أحد المالين فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخير . وأما المقدار فلمحمد رحمه الله أنه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فن الحال أن يجب البدل بمقابلته ؛ ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فهنا يسقط الثلث وصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة . ولهما أن جميع البدل مقابل بثلي رقبها فلا يسقط منه شيء ، وهذا لأن البدل وإن قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وإرادة لأنها استحققت حرية الثلث ظاهرا ،

وأما الثاني فلأن كون المعلل بالملة الأولى الجهة التي هي على المكاتب ممنوع ، لأن تلك الجهة أن يلزمه إبقاء البدل وقوله لا متنازع إبقائها من غير فائدة لا يدل على ذلك . بل يدل على خلافه لأن عدم الفائدة يسقط بدل الكتابة عنها ، وإذا أسقط عنها البدل لا يلزمها إيفاءه قطعا فلم يكن ماذكر من توزيع التعليين على مالها وما عليها سديدا كما لا يخفى (قوله والإعتراف عنده لما تجزأ بقي الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببديلين معجل بالتدبير وموئجل بالكتابة فتخير) لأن في التخيير فائدة وإن كان جنس المال متحدا بلجواز إن يكون أداء أكثر المالين أسير باعتبار الأجل وأداء أقلهما أسير لكونه حالا فكان التخيير مفيدا ، كذا في عامة الشروح . وعزه في معراج الدراية إلى مسطور شيخ الإسلام . أقول : فيه شيء وهو أن الفائدة المذكورة إنما تتصور في صورة إن كان البدل المعجل بالتدبير أقل من البدل المؤجل بالكتابة . وأما في العكس فلا ، إذ لاشك أن أداء الأقل المؤجل أسير من كل وجه من أداء الأكثر المعجل ، فلا فائدة في التخيير في هذه الصورة أصلا لتعين اختيارها الأقل لا محالة كما قال صاحبها ، مع أن الحكم بالخيار يعم بالصورتين عنده كما هو الظاهر من إطلاق المسئلة في الكتب بأسرها (قوله وعندها لما عتق كلها بعثت بعضها فهي حرة وجب عليها أحد المالين فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخير) واعترض عليه بأن الإعتراف لما لم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجب السعاية في ثلثي قيمتها لا غير . وأجيب بأننا قد حكنا بصحة الكتابة نظرا لما تقيتها لذلك فلربما يكون بلما أقل فيحصل النظر بوجوبه ، كذا في العناية أخذنا من شرح تاج

ولا مال له سواها تخيرت بين السعي في ثلثي قيمتها مدبرة لاقنة وفي جميع بدل الكتابة عند أبي حنيفة (وقد أوضح كلامه فتعرض لبعضه زيادة إرضاح (قوله فتخير) لأن في التخيير فائدة وإن أخذ الجنس لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أسير باعتبار الأجل ، وأداء أقلهما أسير لكونه حالا فكان التخيير مفيدا (قوله وجب عليها أحد البدلين فتختار الأقل) قد اعترض عليه بأن الإعتراف لما لم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجب السعاية في ثلثي قيمتها لا غير . وأجيب بأننا قد حكنا بصحة الكتابة نظرا لما تقيتها لذلك فلربما يكون بلما أقل فيحصل النظر بوجوبه . وقوله (أنه قابل البدل بالكل) لأنه أضاف العقد إلى ذاتها فقال كاتبك على كذا وإحل قابل لها كافتة فتصير كلها مكاتبية (وقد سلم لها الثلث بالتدبير) فيسقط ما قابله من البدل وإلا لكان ما فرضناه سالما غير سالما هذا خلف باطل . وقوله (وصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة) وصورته أن يكاتب عبده أو لا ثم يديره ثم يموت ولا مال له سواه فإنه يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة . وقوله (لأنها استحققت حرية الثلث ظاهرا) أي مكشوفنا لا يخفى على أحد ، لأن إخراجها عن الملك بغير الإعتاق غير صحيح ، فإن أعقها خرج عما نحن فيه ، وإن ماتت قبله فكذلك ، وإن مات المولى عن مال تخرج من ثلثه فقد

(قوله وقد سلم لها الثلث بالتدبير) أقول : فيه تأمل (قوله لأن إخراجها عن الملك) أقول : أي لآل مالك .

والظاهر أن الإنسان لا يلزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار كما إذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإراقة، كذا هاهنا ، بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لأن البذل مقابل الكل إذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا. قال (وإن دبر مكاتبتك صح التدبير) لما بينا (ولها الخيار ، إن شاءت مضت على الكتابة ، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة) لأن الكتابة ليست بالازمة في جانب المملوك ، فإن مضت على كتابتها فأت المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار إن شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة . وقالوا : تسعى في الأقل منهما ، فالحلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا . أما المقدار فتبقى عليه ، ووجهه ما بينا . قال (وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه) لقيام ملكه فيه (وسقط بدل الكتابة) لأنه ما ألزمه إلا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه ،

الثريمة . أقول : في الجواب إشكال ، لأن القول بإبقاء الكتابة فيها بعد أن عتق كلها بالتدبير يناقض قول المصنف ، وعندهما لما عتق كلها يعتق بعضها فهي حرة ، إذ الظاهر أن الحرية والكتابة لا يجتمعان في شخص واحد في حالة واحدة . فأتى بتصوّر إبقاء الكتابة فيها بعد أن جازت حرة عندهما . فإن قلت : المراد إبقاء حكم الكتابة لا إبقاء حقيقتها والمناقض للحرية هو الثاني دون الأول . قلت : لو أتى حكم الكتابة لأبى تأجيلها لأنه من خصائصها . ولهذا قال في الكافي في تقرير دليل الإمامين هنا . وعندهما لما عتق كله يعتق تلك لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما بطلت الكتابة وبطل الأجل لأنه من خصائص الكتابة وبقي أصل المال عليه غير مؤجل الخ . ولو أتى تأجيلها لزم أن لا يتم قولهما فتختار الأقل لا محالة ، فلا معنى للتخير لجواز أن تختار الأكثر الموجل لكون أداته أسير من أداء الأقل للمجمل كما مر في بيان دليل أبي حنيفة فيكون هذا هو المعنى للتخير فلا تقطع مادة الإشكال (قوله والظاهر أن الإنسان لا يلزم المال بمقابلة ما يستحق حريته) أقول : لما منع أن يمنع هذه المقدمة ، فإنه لا يلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية ، والثابت في المدبرة في الحال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقتها فجاز أن يحتاج إلى استفادة حقيقتها عاجلا فلنلزم المال بمقابلتها ، ألا ترى أنه يجوز للمولى أن يكتب أم ولده بالإجماع مع استحقاقها حرية الكل

استحققت حرية كلها ، وإن لم يترك غيرها فقد استحققت حرية ثلثها فاستحقاق الثلث ثابت قطعا (والظاهر) البين (أن الإنسان لا يلزم المال بمقابلة ما يستحق حريته) فنعين أن يكون جميع البذل بمقابلة ثلثي رقبته فلا يسقط منه شيء . ولغائل أن يقول : لو كان كذلك لما عتق الجميع إذا أدت كل البذل قبل موت المولى لأنه في مقابلة الثلثين لا الكل . والجواب أنه لا يلزم على قول أبي يوسف لأنه لا يقول بتجزؤ الإعتاق . وأما على قول أبي حنيفة فالجواب مأمرا أنا حكنا بصحة الكتابة نظرا للمدبر ، وليس من النظر أن يبي بعضه غير حر ويغرم كل البذل ، فاعتبرت في المقابلة الصورية قبل موت المولى نظرا له (قوله إذ لا استحقاق عنده) أي عند عقد الكتابة فيكون البذل في مقابلة الكل ، فإذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة (وإن دبر مكاتبتك صح التدبير لما بينا) أنه تلقها جهتا حرية (ولها الخيار ، إن شاءت مضت على الكتابة ، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة ، لأن الكتابة ليست بالازمة في جانب المملوك) لأن الثقة والجنانية على المكاتب في حال الكتابة ، وإذا عجز نفسه كان كل ذلك على المولى فله أن يدفع عن نفسه ذلك (فإن مضت على كتابتها فأت المولى ولا مال له غيرها ما تحيرت بين السعي في ثلثي مال الكتابة وثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وعندهما في الأقل منهما ، فاحتفظوا هنا في الخيار بناء على ما ذكرنا) من تجزؤ الإعتاق (وأما المقدار فتبقى عليه) ومحمد مر على أصله لا يحتاج إلى فرق ، والفرق لهما بين هذه وما تقدمت ما بينا أن البذل هاهنا مقابل بالكل الخ . قال (وإذا أعتق المولى مكاتبه الخ) وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه لقيام ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على أن ما كان وسيلة إلى تحصل شيء وحصل ذلك الشيء من جهة أخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة إليها .

(قال المصنف : والظاهر أن الإنسان لا يلزم المال الخ) أقول : لا يمتنع على أصل أبي يوسف فإنه استحق حرية الكل عند عدم تجزؤ الإعتاق .

والكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا إلى عتقه بغير بدل مع سلامة الأكساب له لأننا ننبئ الكتابة في حقه . قال (وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز) استحسانا . وفي القياس لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ، ولهذا لا يجوز مثله في الحر

قطعا لعتقها عند موت مولاها من جميع المال دون ثلثه ، فإذا جاز التزام المال من أم الولد بمقابلة ما تستحق حرته كلا للاحتياج إلى استعادة الحرية قبل موت المولى كما مر ، فلأن جاز ذلك من المديرة بمقابلة ما تستحق حرته بعضا لتلك العلة بعينها أولى كما لا يخفى فليتأمل واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل بوجه آخر حيث قال : لا يمتنع على أصل أبي يوسف فإنه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الإعتاق اه . أقول : ذلك ماقط لأننا لانسلم أن المديرة والمديرة يستحقان بالندبير حرية الكل عنده ، بل الظاهر أنهما يستحقان به حرية الثلث عندهم جميعا ولهذا يعقنان عند موت المولى من ثلث ماله ويسعيان في ثلثهما إذا لم يكن له مال غيرهما بالإجماع ، وثبتت عتق الكل بعن البعض عند موت المولى على أصل الإمامين وهو عدم تجزؤ الإعتاق لا يثنى استحقاق حرية الثلث بنفس التدبير عندهما أيضا . ولئن سلم استحقاق المديرة والمديرة بنفس التدبير حرية الكل عندهما فالمراد بقوله لأنها استحققت حرية الثلث ظاهرا هو أنها استحققتها بجنا من غير أن يلزمها سعاية في ذلك الثلث كما تلمزها في الثلثين الآخرين ، وبقوله والظاهر أن الإنسان لا يلزم المال بمقابلة ما يستحق حرته هو أن الإنسان لا يلزم المال بمقابلة ما يستحق حرته بجنا ، بخلاف ما لا يستحق حرته أو يستحقها ولكن يلزمه أداء مال السعاية فإنه يجوز له أن يلزم المال بمقابلته . ولا يخفى أن هذا المعنى يمتنع على أصل أبي حنيفة وأصل أبي يوسف أيضا فتفكر تفهم (قوله وفي القياس لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا) قال صاحب العناية في شرح هذا المثل : والقياس أن لا يجوز لأن هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ، لأن الأجل ليس بمال والدين مال ، وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة ، وإذا لم يميز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف وذلك ربا اه كلامه . وقال بعض الفضلاء : أشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز إلى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ، ولكنه متفوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق

فإن قيل : الكتابة لازمة في جانب المولى فلا تقبل الفسخ . أجاب بقوله (والكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد) والزوج كان لتعلق حقه ، فإذا رضى بالفسخ فقد أسقط حقه كما لو باعه المولى أو آجره برضاه (والظاهر رضاه توسلا إلى عتقه بغير بدل) فإنه إذا رضى به يبدل فيلما بدل يكون أرضى ، وقوله (مع سلامة الأكساب له لأننا ننبئ الكتابة في حقه) إشارة إلى جواب ما عصى أن يقال قد يكون راضيا ببدل نظرا إلى سلامة الأكساب له فقد تكون الأكساب كثيرة تفضل بعد أداء البذل منها له حلة . ووجهه أن الأكساب سالمة له لأننا ننبئ الكتابة في حقه ثبتي الأكساب على مكر نظرا له ، وحينئذ صار الظاهر كالتحقق الواقع فيعتق بإعتاقه (وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز استحسانا . والقياس أن لا يجوز لأن هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال) بما هو مال (لأن الأجل ليس بمال والدين مال) وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة ، وإذا لم يميز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف (وذلك ربا) لا يقال : هلا جعلت إسقاطا لبعض الحق ليجوز لأن الإسقاط إنما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا ولهذا لا يجوز مثله بين الحرين

(قوله لأن هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال) أقول : أراد بقوله بما هو مال المال الخمسمائة التروكة (قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز) أقول : أشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز إلى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ، ولكنه متفوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق ، إلا أن يقال : ذلك على خلاف القياس بالنسبة لكن حينئذ لا يحتاج إلى قوله وإذا لم يميز ذلك ، فإنه إذا لم يميز أخذ المال عوض الأجل تكون الخمسمائة التروكة بمقابلة الأجل (قوله لأن الإسقاط إنما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا) أقول : لو صح هذا لم تجز حبة المهر المؤجل وإسقاط الدين المؤجل ، وكلام المثل يجب سؤفه عن الإلهاء ، فالكتاب يعتبر مستقلا حقه الذي هو التأجيل ، والمولى مستقلا بنفس حقه وهو خمسمائة .

ومكاتب الغير . وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به فأعطى له حكم المال ، وبذلك الكتابة مال من وجه حتى لاتصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربا ، ولأن عقد الكتابة عقد من وجه

إلا أن يقال ذلك على خلاف القياس بالنص اه . أقول : ليس ذلك منقوضا بالمهر والمال المقابل بالطلاق . لأن المراد بعقد المعاوضة في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز ما ذكره العوض فيه بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة فيخرج منه النكاح والطلاق على مال ونحوهما ، لأن ذكر العوض بطريق الأصالة ، وقد صرح الشراح بمثل هذا المعنى في صدر كتاب المكاتب حيث قالوا : أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة . وقالوا : خرج يقولنا ما ليس بمال البيع والمبة بشرط العوض . وخرج يقولنا بطريق الأصالة النكاح والطلاق والعتاق على مال ، فإن ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة اه . ثم قال صاحب العناية : لا يقال هلا جعلت إسقاطا لبعض الحق ليجوز لأن الإسقاط إنما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا اه . وقال ذلك البعض من الفضلاء : لو صح هذا لم تجز هبة المهر المؤجل وإسقاط الديون المؤجلة اه . أقول : ليس هذا بسديد ، لأن المستحق في كل منهما هو المؤجل ، والمسقط أيضا هو المؤجل ، وليس هناك شرط شيء معجل في المقابلة فلم يوجد التصرف في غير المستحق أصلا ، بخلاف ما نحن فيه فإن الخمسة المعجلة التي وقع عليها الصلح ليست بمستحقة بعقد الكتابة فلم يمكن حمل الصلح إسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعض الآخر ، فإن الإسقاط والاستيفاء إنما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا فلا يمكن الاستيفاء . نعم لو قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت الصلح إسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعض الآخر لأن الإسقاط والاستيفاء إنما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا لكان أظهر ، لأن تأثير قوله والمعجل لم يكن مستحقا في حق انقضاء الاستيفاء فيما نحن فيه دون انقضاء الإسقاط كما لا يخفى . وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قول المصنف لأنه اعتياض عن الأجل ، لأن المعجل غير مستحق بالسبب السابق فلا يمكن جعل الصلح إسقاطا للبعض واستيفاء للبعض ، فلو سبيل إنما يجعل اعتياضا عن الخمسة بمجمعة وعن الأجل بمجمعة أخرى ، والاعتياض عن الأجل لا يجوز اه (قوله وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به) قال بعض العلماء : فيه مناقشة ظاهرة ،

وقد مر في كتاب الصلح ، وكذا لا يجوز إذا كان على مكاتب الغير ألف إلى سنة فصالحه على خمسة معجلة (وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على أداء البذل إلا به فأعطى له حكم المال وبذلك الكتابة مال من وجه حتى لاتصح الكفالة به فاعتدلا) وكانا اعتياضا عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه ، وقد اختلف الجنس (فلم يكن ثمة ربا) وفيه بحث لأن المال ما يتول به وهو يعتمل الإحراز وذلك في الأجل غير متصور ، ولأن قوله فأعطى له حكم المال ليس بمستقيم لفظا ومعنى ، أما لفظا فلا ، أعطى ممتد إلى مفعوله بلا واسطة وقد استعمله باللام وأما معنى فلا ، لأنه الأجل في حق المكاتب مال من وجه ، فإن أراد بقوله فأعطى له حكم المال من كل وجه فانت الاعتدال إذ الدين مال من وجه ، وإن أراد حكم المال من وجه فهو تحصيل الحاصل . والجواب أن ما ذكرتم من أن المال ما يتول به ويخرج صحيح إذا كان مالا من كل وجه ، وليس ما نحن فيه كذلك ، وإنما المراد به هاهنا أنه وسيلة إلى تحصيل مقصود المكاتب وهو في ذلك كعين الدراهم تروقت قدرة الأداء عليه توقفها على عين الدراهم ، وضمن أعطى معنى اعتبر ، ومعناه اعتبر للأجل حكم المال ، فإن الشيء يجوز أن يكون جهة في شيء ولا يكون معتبرا ، فبين أنه اعتبر له تلك الجهة تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب (قوله ولأن عقد الكتابة) وجه آخر للاستحسان . وتقريره أن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لما تقدم أن له شبهة بالتطبيق بالشرط فيكون من هذا الوجه مينا والأجل ربا من كل وجه ففيه شبهة الربا ، وشبهة الربا إذا وقعت في شبهة العقد كانت

(قوله وقد اختلف الجنس فلم يكن ثمة ربا) أقول : لو اتحد الجنس لم يضر به حصول الاعتدال (قوله وقد استعمله باللام) أقول : يجوز أن تكون زائنة كما في - ردت لكم - (قوله لما تقدم أن له شبهة) أقول : الأول أن يقال : لأنه شرع مع المتفق كما عله غيره . (قوله فيكون من هذا الوجه مينا) أقول : المين أيضا من العقود .

دون وجه والأجل ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة . بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه فكان ربا والأجل فيه شبهة . قال (وإذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم إلى سنة وقيمته ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فإنه يؤدي ثلثي الألفين حالا والباقي إلى أجله أو يرد رقيقا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : يؤدي ثلثي الألف حالا والباقي إلى أجله) لأن له أن يترك الزيادة بأن يكتبه على قيمته فله أن يؤخرها وصار كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز . لأن له أن يطلقها بغير بدل . ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليها أحكام الأبدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذلك بالبدل ، والتأجيل إسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع ، بخلاف الخلع لأن البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ، ونظير هذا إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري أد ثلثي جميع الثمن حالا وثلث إلى أجله وإلا فانتقض البيع . وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيها زاد عليه لما بينا من المعنى . قال (وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة يقال له أد ثلثي القيمة حالا أو ترد رقيقا في قولهم جميعا) لأن المحاباة هاهنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما .

إذ قد سبق أن الاستقراض جائز وبذلك الاعتبار صحت الكتابة للحالة فليتأمل اهـ . أقول : هذه المناقشة إنما تظهر أن لو أرادوا بنى القنطرة على الأداء إلا به نبي القدرة الممكنة وهي أدنى ما يمكن به من الأداء ، وأما إذا أرادوا بذلك نبي القدرة الميسرة وهي ما يوجب

شبهة الشبهة ولا يعتبر بها . بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه فكان ربا والأجل فيه شبهة لاشبهة الشبهة . قال (وإذا كاتب المريض عبده على ألفين إلى سنة وقيمته ألف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم تجز الورثة الأجل) لأن المريض تصرف فيه وهو حقهم فلم ينبردوه دفعا لضرر تأخير حقهم إلى مضي الأجل عن أنفسهم (فإن المكاتب يؤدي ثلثي الألفين حالا) وهو ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون درهما وثلث درهم (والباقي) وهو سبعمائة وستة وستون درهما وثلثا درهم (إلى أجله أو يرد رقيقا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : يؤدي ثلثي الألف حالا والباقي إلى أجله لأن له أن يترك الرائد على قيمته) ومن له ترك شيء له ترك وصفه والتعجيل وصف فيجوز تركه (وصار) ذلك (كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز لأن له أن يطلقها بغير بدل) ولو قال (لأن له أن يترك الزيادة وثلث الألف فله أن يؤخرها كان أحسن فتأمل) ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة) بدليل جريان أحكام الأبدال من جواز المراجعة على الألفين وجواز الخيس على المماطلة والأخذ بالشفعة فلها تتعلق بجميع المسمى وهو الألفان . وبدل الرقبة ينطبق به حق الورثة لتعلقه بالمبدل ، فإن المبدل لما كان مقنونا كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة ، وما يتعلق به حق الورثة جاز للمريض إسقاط ثلثه فيجوز تأجيله لأنه إسقاط معنى . بخلاف بدل الخلع فإن حق الورثة لم يتعلق به لأنه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال ، وعلى هذا الأصل اختلافهم إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة التأجيل ، فعندهما يغير المشتري بين أداء ثلثي جميع الثمن حالا وثلث إلى أجله ، وبين تقضي البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا في الزيادة لما بينا من المعنى : يعنى الدليل من الطرفين (وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة أد ثلثي القيمة حالا أو يرد رقيقا في قولهم جميعا لأن المحاباة في القنطرة) وهو إسقاط ألف درهم (والتأخير) وهو تأجيل الألف الأخرى (فاعتبر الثلث فيهما) أي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الإسقاط والتأخير ، لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضا ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الإسقاط ولا في حق التأخير .

(قوله بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه) أقول : وخرج الجواب أيضا عن مكاتب الغير فليتأمل (قوله والأخذ بالشفعة) أقول : فيه شيء والأمر سهل .

(باب من يكاتب عن العبد)

قال (وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم ، فإن أدّى عنه عتق ، وإن بلغ العبد فقبل فهو مكاتب) وصورة المسئلة أن يقول الحرّ لولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أنى إن أدّيت إليك ألفا فهو حرّ فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط ، وإذا قبل العبد صار مكاتباً ، لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته وقبوله إجازة ، ولو لم يقل على أنى إن أدّيت إليك ألفا فهو حرّ فأدّى لا يعتق قياساً لأنه لا شرط والعقد موقوف على إجازة العبد . وفى الاستحسان يعتق لأنه لا ضرر للعبد الغائب فى تعليق العتق بأداء القائل فيصح فى حق هذا الحكم ويتوقف فى حق لزوم الألف على العبد . وقيل هذه هى صورة مسألة الكتاب (ولو أدّى الحرّ البديل

اليسر على الأداء كما هو الظاهر فلا يكون للمناقشة مجال لظهور أن اليسر على الأداء فى حق المكاتب إنما يتصور بالأجل لأنه يخرج عن يد المولى مفلساً فيمتنع الناس غالباً عن إقراضه المال فى الحال فيفسر الأداء عليه جداً بدون الأجل وإن أمكن فى الجملة ، على أن المصنف وأضرابه لم يتشبّثوا فى تحليل صفة الكتابة الحالية عندنا بجواز الاستقراض ، بل قالوا : إن عقد الكتابة عقد معاوضة والبديل معقود به فاشبه الثمن فى البيع فى عدم اشتراط القدرة عليه ، وأن مبنى الكتابة على المساهلة فيهله المولى ، ومتى امتنع من الأداء فى الحال بردّ إلى الرق اه فلم يتم قول ذلك المناقش ، وبذلك الاعتبار صح الكتابة الحالية فتدبر ، والله أعلم .

(باب من يكاتب عن العبد)

(باب من يكاتب عن العبد)

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصيل فى الكتابة ذكر فى هذا الباب أحكاماً تتعلق بالنائب فيها ، وقدم أحكام الأصيل لأن الأصل فى تصرف المرء أن يكون لنفسه . قال (وإذا كاتب الحرّ عن عبد بألف درهم الخ) قال فى الجامع الصغير : وإذا كاتب الحرّ عن عبد بألف درهم فإن أدّى عنه عتق ، وإن بلغ العبد وقبل فهو مكاتب . واختلف شارحوه فى تصويره فقال بعضهم : هو أن يقول الحرّ لولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أنى إن أدّيت إليك ألفا فهو حرّ فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط ، وإذا قبل العبد صار مكاتباً : يعنى إن هذا العقد نافذ فى حق مال العبد من حرمة البيع ونفوذ عتقه بأداء هذا القائل وموقوف على إجازته فيما عليه من لزوم البديل لأنه عقد جرى بين فضولى ومالك فيتوقف على إجازة من له الإجازة ، فإذا قبله كان ذلك إجازة منه فيصير مكاتباً ، لأن الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء ، ولو وكله العبد بذلك نفذ عقده عليه ، فكذلك إذا أجاز بعد العتق . وقال بعضهم : هو أن يقول كاتب عبدك على ألف درهم ولم يقل على أنى إن أدّيت إليك ألفا فهو حرّ فأدّى عتق استحساناً . وفى القياس لا يعتق لأنه لا شرط حتى يعتق بوجود الشرط والعقد موقوف لما مر . وجه الاستحسان أنه لا ضرر للعبد الغائب فى تعليق العتق : أى فى توقف العتق على أداء القائل فيصح العقد فى حق هذا الحكم ويتوقف فى لزوم الألف العبد . قيل ما الفرق بين هذه وبين البيع ، فإن بيع الفضولى يتوقف على إجازة الميز فيه له وفيها عليه ، وهاتان لا يتوقفان فيه له . والجواب أن ماله هاتان إسقاط وهو لا يتوقف على القبول وما عليه إلزام وهو يتوقف عليه ، ولو أدّى الحرّ البديل لا يرجع على العبد لأنه متبرع حيث لم يأمره بالأداء ولا هو مضطر فى أدائه ، وهل له أن يسترد ما أدّى

(باب من يكاتب عن العبد)

(قوله ذكر فى هذا الباب أحكاماً تتعلق بالنائب فيها) أقول : كان الأظهر أن يقول بالتبعية ، وإنما جعل عنه للاسطة عنوان الباب (قوله فإن بيع الفضولى يتوقف على إجازة الميز فيما له) أقول : ككتبت الملك له .

لا يرجع على العبد) لأنه متبرع. قال (وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب، فإن أدّى الشاهد أو الغائب عتقا) ومعنى المسئلة أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب، وهذه كتابة جائزة استحسانا. وفي القياس: يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه. وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعًا، والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمانة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها تبعًا حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البذل شيء وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله أن يأخذه بكل البذل لأن البذل عليه لكونه أصلا فيه، ولا يكون على الغائب من البذل شيء لأنه تبع فيه. قال (وأيهما أدى عتقا ويمير المولى على القبول) أما الحاضر فلأن البذل عليه. وأما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية، وإن لم يكن البذل عليه وصار كغير الرهن إذا أدّى الدين ويمير المرتين على القبول لحاجته إلى استخلاص عتبه وإن لم يكن الدين عليه. قال (وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه) لأن الحاضر قضى دينًا عليه والغائب متبرع به غير مضطر إليه.

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصل في الكتابة ذكر في هذا الباب أحكامًا تتعلق بالنائب فيها، وقدم أحكام الأصل لأن

إلى المولى ٢ فيه تطويل طالع النهاية تطلع عليه. قال (وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه الخ) إذا قال العبد لمولاه كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغائب فعل جاز استحسانا. وفي القياس أن يصح على نفسه لولايته عليها، ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه، كمن باع عبده وعبد غيره أو زوج أمته وأمة غيره. وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعًا، والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمانة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها تبعًا حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البذل شيء. فإن قيل: ليس ما نحن فيه كالاستئجار بها لأن الأولاد تابعة لها من كل وجه، حتى أن المولى لو أعتق الأولاد لم يسقط من البذل شيء. وتحت الأولاد إذا أعتق المولى الأم، بخلاف العبد الغائب فإنه مقصود بالكتابة من وجه حيث أضيف العقد إليهما مقصودا، حتى أن المولى إذا أعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ولا يمتنع العبد الغائب، وإذا أعتق العبد الغائب سقطت حصته من المكاتبه ويجب على الحاضر حصته لا غير، ولا يلزم من نفوذ ما هو تبع محض بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجه بلا توقف. فالجواب أن ما ذكرت يجوز أن يكون وجهًا للقياس. وأما في الاستحسان فالنظر إلى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في أن يكون فيه جهة أصالة أو لا تصحيحًا للعقد ونظرًا للمكاتب ولاشئاله على المساحة، وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله: أي فالملوم أن يأخذ العبد الحاضر بكل البذل، لأن البذل عليه لكونه أصلا فيه، ولا يكون على الغائب من البذل شيء لأنه تبع فيه وهذا بذلك على أن النظر في مجرد التبعية لا معتبر بجهة الأصالة في انتقاد العقد عليه (قوله وأيهما أدى عتقا) تكرر رأته قال في أول المسئلة: فإن أدّى الشاهد أو الغائب عتقا، لكنه أعاده تمهيدا لقوله (ويمير المولى على القبول)، أما الحاضر فلأن البذل عليه، وأما الغائب فله القياس فيه أن لا يبرح لأنه متبرع إذ ليس عليه شيء من البذل. ووجه الاستحسان أن له فيه منفعة (لأنه ينال شرف الحرية وصار كغير الرهن إذا أدّى المرتين) لفكالك عتبه (ويمير المرتين على القبول لحاجته إلى استخلاص عتبه وإن لم يكن الدين عليه) وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه لأن الحاضر قضى دينًا عليه (ومثله لا يرجع) والغائب متبرع به غير مضطر إليه (ومثله أيضا لا يرجع. فإن قيل: الغائب هاهنا كغير الرهن ومير الرهن مضطر ولهذا يرجع على المستعير بما

(قوله وأما في الاستحسان فالنظر إلى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في أن يكون فيه جهة أصالة أولا تصحيحًا للعقد) أقول: قوله تصحيحًا ناظر إلى قوله فالنظر، والتصدير في قوله فيه راجع إلى البعض (قوله ولاشئاله على المساحة) أقول: صلف على قوله تصحيحًا (قوله في انتقاد العقد عليه) أقول: التصدير في قوله عليه راجع إلى الغائب في قوله ولا يكون على الغائب من البذل شيء.

قال (وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشيء) لما بينا (فإن قبل العبد الغائب أولم يقبل فليس ذلك منه بشيء ، والكتابة لازمة للشاهد) لأن الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تغير بقبوله ، كن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه ، حتى لو أدى لا يرجع عليه ، كذا هذا . قال (وإذا كانت الأمة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز ، وأبهم أدى لم يرجع على صاحبه ويحبر المولى على القبول ويعتقون) لأنها جعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الأولى وهي أولى بذلك من الأجنبية .

الأصل في تصرف المرء أن يكون لنفسه (قوله وهي أولى بذلك من الأجنبية) يعني أن هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الأجنبية ، فلأن يجوز في حق ولدها أولى لأن ولدها أقرب إليها من الأجنبية ، كذا في الشروح . قال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك : وأقول لعله إشارة إلى ما ذهب إليه بعض المشايخ أن ثبوت الجواز هاهنا قياس واستحسان ، لأن الولد تابع لما ، بخلاف الأجنبية وأرى أنه الحق اهـ . وأنا أقول : أرى أن الحق خلافه ، وهو أن يكون ثبوت الجواز هاهنا أيضا على وجه الاستحسان دون التقياس كما يدل عليه ما ذكره الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير . وما ذكره صاحب الكافي وبعض من شراح هذا الكتاب ، وذلك لأن من ذهب إلى أن ثبوت الجواز هاهنا على وجه التقياس والاستحسان إن أراد بوجه التقياس هاهنا كون الولد تابعا للأُم في الكتابة مطلقا كما هو الظاهر من قول صاحب العناية لأن الولد تابع لما . بخلاف الأجنبية فليس بتمام ، لأن تبعية الولد للأُم في الكتابة مطلقا إنما تكون في الولد الذي ولدته في حال الكتابة والولد الذي اشترته في حال الكتابة لا في الولد الذي ولدته قبل الكتابة كما لا يخفى على من أحاط بمسائل كتاب المكاتب خبرا . ولا شك أن وضع مسألتنا هذه في كتابة الأمة عن نفسها وعن ابنين لها مولودين قبل الكتابة فلا يتصورها هنا التبعية المطلقة ، وأما التبعية الحاصلة بالضم إليها في عقد الكتابة فنقل هذه التبعية متحققة في المسئلة الأولى أيضا فلا تفاوت كما صرح به المصنف هناك . وقال هاهنا لأنها جعلت

أدى فكيف قال غير مضطر إليه ؟ فالجواب أنه كهو في حق جواز الأداء من غير دين عليه لافي الاضطراب ، فإن الاضطراب إنما هو إذا فات له شيء حاصل هاهنا ليس كذلك ، بل إنما هو بمرضية أن تحصل له الحرية ، وهذا كما يقال عدم الرجوع لا يسمى خسرانا . فإن قيل : حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فاتته لو لم يؤد فكان مضطرا . أجيب بأنه متوهم ، وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به (وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشيء لما بينا) أنه فيه تبع (فإن قبل العبد الغائب ذلك أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد) وإن رده الغائب لا أثر لرده وقبوله في ذلك (لأن الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغائب فلا تغير بقبوله) فليس للمولى أن يأخذ بشيء من بدل الكتابة (كن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه ، كذا هذا ، وإذا قيات الأمة الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز) وإنما وضع المسئلة في الأمة إشارة إلى أن الحكم في العبد والأمة سواء ، فإنه لو وضعها في العبد لربما تورم أن الجواز لثبوت ولاية الأب عليهما فلا يجوز ذلك في الأمة لعدم ولايتها ، إذ الأم الحرة لا ولاية لها فكيف بالأمة ؟ (وأبهم أدى لم يرجع على صاحبه ، ويحبر المولى على القبول ويعتقون لأنها جعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الأولى) وذلك أن الأم إذا أدت فقد أدت دينها على نفسها ، وكل من الولدين إن أدى فهو متبرع غير مضطر ، وفي ذلك كله لا رجوع . فإن قيل : إذا أدى أحدهما ينبغي أن لا يعتق الابن الآخر لأنه لا أصالة بينهما ولا تبعية . فالجواب أن أحدهما إذا كان أدائه كآداء الأم لأنه تابع لما من كل وجه ، ولو أدت الأم عتقوا ، فكذلك إذا أدى أحدهما . قيل وهذه فائدة وضع المسئلة في صغيرين دون صغير واحد ليعلم هذا المعنى (قوله وهي أولى بذلك من الأجنبية) يريد أن هذا العقد على هذا الوجه يجوز

(قوله فإن قيل حق الحرية ، إلى قوله : أجيب بأنه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به) أقول : التفسير في قوله بأنه راجع إلى قوله سق الحرية ، والتفسير في قوله به راجع إلى قوله متوهم (قوله وكل من الولدين إن أدى) أقول : للظاهر أن يقال وكلا .

(باب كتابة العبد المشترك)

قال (وإذا كان العبد بين رجلين أذن أحدهما لصاحبه أن يكتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة ، وقالوا : هو مكاتب بينهما وما أدى

نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعها على ما بينا في المسئلة الأولى اه مع أن ثبوت الجواز هناك على وجه الاستحسان دون القياس بالاتفاق ، وإن أراد بوجه القياس ما هنا ثبوت ولاية المكاتب على أولادها كتبوها على نفسها فليس بصحيح ، إذ قد صرحوا قاطبة بأن الأم الحرة لا ولاية لها على أولادها فكيف بالأمة ، وقالوا : هذا هو السر في وضع هذه المسئلة في الأمة ، إذ لو وضعها في العبد لرأى نوح أن الجواز لثبوت ولاية الأب عليها فلا يعلم تساوى العبد والأمة في حكم هذه المسئلة .

(باب كتابة العبد المشترك)

لما فرغ من كتابة عبد غير مشترك شرع في كتابة العبد المشترك لأن الأصل عدم الاشتراك كذا في غاية البيان . وقال أكثر الشراح : ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لأن الاثنين بعد الواحد . أقول : الوجه الأول هو الراجح ، لأن الوجه الثاني لا يمتثل في المسئلة الأولى من هذا الباب على قول أبي حنيفة رحمه الله ، بخلاف الوجه الأول تأملت قلت (قوله وإذا كان العبد بين رجلين) قال بعض الشراح : وفي بعض النسخ بين شريكين وهي أولى اه . أقول : وجه الأولوية أن حكم هذه المسئلة يعم ما إذا كان العبد بين رجلين وما إذا كان بين رجل وامرأة أو بين امرأتين ، ولفظ شريكين يقتضيه لكل ، إما يجعل الشريك فعلا بمعنى مفعول من شركة في كذا فإن كلا من المشاركين في أمر شارك فيه ومشركو القليل بمعنى المفعول يستوى فيه المذكور والمؤنث ، أو بصيرورة لفظ لشريك من عداد الأصماء الخادمة كما قالوا في لفظ التابع ونحوه حتى جعلوا التتابع جمع تابع من هذه الحثية فيتناول المذكور والمؤنث على السوية . ثم إن صاحب العناية لما أخذ بنسخة : بين شريكين حيث قال : قال : وإذا كان العبد بين شريكين فسر بعض الفضلاء قوله شريكين بـ رجلين حيث قال : أي بين رجلين . أقول : هذا أمر عجيب إذ لا شك أن حكم هذه المسئلة غير مختص بما إذا كان العبد بين رجلين فتخصيص لفظ يتحمل العموم لـ رجلين وغيرهما بالرجلين مما لا وجه

في حق الأجنبي . فلأن يجوز في حق ولدها لأن ولدها أقرب إليها من الأجنبي أولى . وأقول : لعله إشارة إلى ما ذهب إليه بعض المشايخ أن ثبوت الجواز هنا قياس واستحسان ، لأن الولد تابع لها ، بخلاف الأجنبي وأرى أنه الحق ، والله أعلم .

(باب كتابة العبد المشترك)

ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لأن الواحد قبل الاثنين . قال (وإذا كان العبد بين شريكين الخ) إذا أذن أحد الشريكين لصاحبه أن يكتب نصيب نفسه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة ، وقالوا : هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما . وأصل هذا الاختلاف أن الكتابة تنجز أعتده خلافا لهما كالإعتاق لأنها تفيد الحرية من وجه تقتصر على نصيبه عنده . والإذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة ، وإنما تكون قائدة انتفاء ما كان له

(باب كتابة العبد المشترك)

(قوله ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لأن الواحد قبل الاثنين) أقول : أظهر أن يقال : ذكر كتابة المشترك بعد غير المشترك لأن الاشتراك خلاف الأصل ، ولأن المشترك من غيره كالمركب من المفرد فتدبر . وإنما قلنا : أظهر ذلك لأن مقصود الباب بيان حال كتابة العبد المشترك سواء كان المكاتب واحدا كما في المسئلة الأولى على منذهب أبي حنيفة أو اثنين (قوله وإذا كان العبد بين شريكين) أقول : أي بين رجلين (قوله والإذن لا يفيد) أقول : أي على منذهبها .

فهو بينهما) وأصله أن الكتابة تنجز أ عنده خلافا لما بمنزلة الإعتاق ، لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ ، وفائدة الإذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن ، وإذنه له بقبض البديل إذن للعبد بالأداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له . وعند الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ ، فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز .

له هاهنا أصلا ، ولو فسر لفظ رجلين في نسخة بين رجلين بالشريكين مطلقا تغليا للذكور على الإناث لكان له وجه وجهه لاقتضاء المقام إياه فكيف بالعكس (قوله وأصله أن الكتابة تنجز أ عنده خلافا لما بمنزلة الإعتاق لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ . وفائدة الإذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : وأصل هذا الاختلاف أن الكتابة تنجز أ عنده خلافا لما بالإعتاق لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده ، والإذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة ، وإنما يكون فائدته انتهاء ما كان له من حق الفسخ إن كاتبه بغير إذنه اه كلامه . وقال بعض الفضلاء في تفسير قوله والإذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة : أي على مذهبه اه . أقول : هذا غلط ظاهر لأن الإذن يفيد الاشتراك في الكتابة على مذهبه قطعا ، ألا يرى إلى قولهما في تحليل مذهبهما في هذه المسئلة إن الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز اه . ولعل قوله على مذهبه وقع سهوا من قلم الناسخ وكان الصحيح على مذهبه . ثم إن صاحب العناية بعد أن شرح

من حق الفسخ إن كاتبه بغير إذنه . واعترض بأن الكتابة إما أن يعتبر فيها معنى المعاوضة أو معنى الإعتاق أو معنى تعليق العتق بأداء المال ، ولو وجد شيء من ذلك من أحد الشريكين بغير إذن صاحبه ليس للأخر ولاية الفسخ ، فن أين للمكاتب ذلك ؟ وأجيب بأن الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة ، وإنما هي تشتمل عليها ، فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى يوجبه وهو إلحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكن بالكتابة ، وتصرف الإنسان في خالص حقه إنما يسوغ إذا لم يتضرر به الغير ، ثم المحل وهي الكتابة تقبل الفسخ ولهذا يفسخ بتراضيهما فتتحقق المقضى وانقضى المانع . وأما المعاني المذكورة فالمعاوضة وإن قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه ، فإنه إذا باع نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه ، والإعتاق والتعليق وإن كان فيها ضرر لكن المحل لا يقبل الفسخ . أما الإعتاق فظاهر ، وأما التعليق فلا يمين (قوله وإذنه له بقبض البديل) بيان لاختصاص المكاتب بالمقبوض ، وذلك أنه إذا أذن له بالمقبض فقد أذن للعبد بالأداء من الكسب إليه فيصير الآذن متبرعا بنصيبه من الكسب عليه ، أي على المكاتب ، فلهذا كان كل المقبوض له ، ويموز أن يكون ضمير عليه للعبد : أي فيكون الآذن متبرعا بنصيبه على العبد ثم على الشريك ، فإذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع . فإن قيل : : المتبرع يرجع بما تبرع إذا لم يحصل مقصوده من التبرع ، كمن تبرع بأداء الفسخ عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض أو استحق فإن له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري . أجيب بأن المتبرع عليه هو المكاتب من وجه من حيث أن مقصود الآذن قضاء دينه من ماله وبعد العجز صار عبدا له من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده شيئا بخلاف البائع فإن ذمته على صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع إذا لم يحصل مقصوده . ولهما أن الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف ، وهو أي البديل بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد

(قوله فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى يوجبه وهو إلحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكن بالكتابة) أقول : قوله هو في قوله وهو ولاية الفسخ راجع إلى قوله حكم ، وقوله ببطلان متعلق بقوله الضرر ، وقوله للشريك متعلق بقوله إلحاق ، وقوله بالكتابة متعلق بقوله إلحاق أيضا (قوله فتتحقق المقضى) أقول : يمتنى إلحاق الضرر (قوله وانقضى المانع) أقول : يمتنى علم قبول الفسخ (قوله لكن ليس فيها ضرر) أقول : فم يتحقق فيها المقضى (قوله أما الإعتاق فظاهر ، وأما التعليق فلا يمين) أقول : فلم ينتف فيها المانع (قوله وهو : أي البديل) أقول : أو العتق أو المكاتب ، ويؤيده قوله وقالوا هو مكاتب بينهما .

قال (وإذا كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد للأول) لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه أم ولد له ، لأن المكتبة لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة . وإذا ادعى الثاني ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ، ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق (ويضمن نصف قيمتها) لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاء (ونصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه) لأنه بمنزلة المغرور ، لأنه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا

دليل الطرفين في هذه المسئلة بالتام قال : وكان المصنف مال إلى قولهما حيث أخره اه . وقال بعض الفضلاء : فيه كلام ، لأنه يأتي عنه ترجيح قول أبي حنيفة في كتاب العتاق اه . أقول : الذي مر في كتاب العتاق مسئلة العتاق والمذكور هاهنا مسئلة الكتابة واستلزام ترجيح قول أبي حنيفة في مسئلة الإعتاق ترجيحه في مسئلة الكتابة ممنوع ، سيما إذا كانت كتابة أحد الشريكين بإذن الآخر كما نحن فيه ، فمن أين يثبت الإبراء ، ولئن سلم الاستلزام بناء على كون الأصل في كلتا المسلتين هو التجزؤ وعدمه فترجح قوله هناك لم يكن بالتصريح به ، بل إنما فهم من تأخير دليله في البيان ، وقد عكس الأمر هاهنا ، ففهم منه ترجيح قولهما لا عالة : ولما وقع التدافع بين الكلامين حلنا الثاني على الرجوع عن الأول كما هو المخلص في أمثال هذا فلا يحذور تدبر (قوله ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد) قيل ينبغي أن لا يضمن شريكه قيمة الولد عند أبي حنيفة رحمه الله لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لأم الولد عنده فكذلك لابنها . وأجيب بأن هذا على قولهما . وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد . قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك السؤال : وهذا الجواب وليس بشيء . أقول : يعني أن هذا الجواب ليس بشيء لأن ما ذكره المصنف فيما سيأتي بقوله وهذا الذي ذكرناه كله قول أبي حنيفة يتأني هذا الجواب قطعاً . ثم قال صاحب العناية : وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان ، فيكون الولد متقوماً على إحداهما فكان حراً بالقيمة انتهى . وقال بعض الفضلاء :

العجز ، كما لو كاتبها فنجز وفي يده من الأكساب ، وكان المصنف مال إلى قولهما حيث أخره . قال (وإذا كانت جارية بين رجلين كاتبها الخ) وإذا كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه : أي صحت دعوته وثبت نسبه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه : أي صحت دعوته أيضاً وثبت نسبه ثم عجزت فهي أم ولد كلها للأول بطريق التبيين ، لأنه لما ادعى أحدهما الولد الأول صحت دعوته لقيام الملك له فيه وصار نصيبه أم ولد له بناء على أن الاستيلاء في المكتبة يتجزأ عند أبي حنيفة رحمه الله . لأنه لا وجه لتكامل الاستيلاء بالإتصاف نصيب صاحبه المكتبة لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه ، كما في المدبرة المشتركة فإن الاستيلاء فيها يتجزأ بالاتفاق ، والجائع أن كلا من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك إلى ملك ، ولا وجه لفسخ الكتابة لأن المكتبة قد ترضى بحرية عاجلة بجهة للكتابة ولا ترضى بحرية آجلة بجهة الاستيلاء ، فإذا لم يتمحض الفسخ منفعة ، لا تفسخ المكتبة ، وإذا ادعى الثاني ولدها الآخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً ، وإنما قيد بقوله ظاهراً لأن الظاهر أن تحضى على كتابتها فكان ملكه باقياً نظراً إلى المظاهر ، ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق ، ويضمن نصف قيمتها لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاء ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصاً ويبي

(قوله وكان المصنف مال إلى قولهما حيث أخره) أقول : فيه كلام ، لأنه يأتي عنه ترجيح قول أبي حنيفة في كتاب العتاق (قوله أي صحت دعوته وثبت نسبه) أقول : فيه بحث (قوله أي صحت دعوته أيضاً) أقول : فيه بحث أيضاً (قوله لا تفسخ المكتبة) أقول : دون أن تميز نفسها على ما هو المفروض في وضع المسئلة .

وولد المغرور ثابت التسبب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطىء أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر (وأبهما دفع العقر إلى المكاتبه جاز) لأن الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها اختصاصها بمنافعها وأبدالها ، وإذا عجزت ترد العقر إلى المولى لظهور اختصاصه (وهذا) الذى ذكرنا (كله قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : هي أم ولد للأول ولا يجوز وطء الآخر) لأنه لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولده لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن ، وقد أمكن بفسخ الكتابة لأنها قابلة للفسخ فتفسخ فيها لا تنصرف به المكاتبه وتبقى الكتابة فيها وراعه ، بخلاف التدبير لأنه لا يقبل الفسخ ، وبخلاف بيع المكاتب لأن في تجويزه إبطال الكتابة إذ المشتري

هذا بخلاف لما أسلفه الشارح في باب البيع الفاسد من أن الروائين في حق المدبر ، وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والنصب لأنه لا تقوم لماليها انتهى . أقول : لأصير في مخالفة ما ذكر في هذا الجواب الثاني لما أسلفه صاحب العناية في باب البيع الفاسد : فإنه وإن أسلفه هناك تبعاً لصاحب النهاية إلا أن المصنف صرح هناك بتحقيق الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله في تقوم أم الولد أيضاً حيث قال : وإن ماتت أم الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : عليه قيمتها وهو رواية عنه انتهى . والمحجب بهذا الجواب الثاني إنما هو نواج الشريعة وصاحب الكفاية وهما لم يذكر في باب البيع الفاسد عدم تحقق الروائين عن أبي حنيفة في حق أم الولد . وأما صاحب العناية فليس بمحجب بهذا الجواب من عند نفسه بل هو ناقل عن بعض فلا يفتي ما اختاره هناك (قوله وبخلاف بيع المكاتب الخ) هذا جواب عما يقال

لأول على الثاني نصف العقر وقيمة الولد ، ويكون الولد ابنة بالنظر إلى الظاهر والحقيقة ، أما بالنظر إلى الظاهر فيكون الولد ابنة بالقيمة فإنه بمنزلة المغرور لأنه حين وطئها كان ملكه قائماً بظاهرها كما ذكرنا وولد المغرور ثابت التسبب منه حر بالقيمة على ما عرف ، وأما بالنظر إلى الحقيقة فلزوم كمال العقر لأنه وطىء أم ولد الغير حقيقة . فلان قيل : فعلى هذا ينبغي أن لا يضمن الثاني قيمة الولد للأول عند أبي حنيفة لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لأم الولد عنده فكذلك لابنتها . أجيب بأن هذا على قولهما ، وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشيء . وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان ، فيكون الولد متقوماً على إحداهما فكان حراً بالقيمة ، وأبهما دفع العقر إلى المكاتبه : يعنى قبل العجز جاز ، لأن الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها اختصاصها بمنافعها وأبدالها ، وإذا عجزت ترد العقر إلى المولى لظهور اختصاصه ، وهذا الذى ذكرنا كله قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : هي أم ولد للأول وهي مكانية له ويحق بأداء البذل إلى الأول . ولا يجوز وطء الآخر لأنه لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولده لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن ، لأن الاستيلاء طلب الولد وإنه يقع بالفعل والقول لا يتجزأ فكذلك ما ثبت به ، ولهذا لا يكتفى في القنة بالإجماع ، وقد أمكن هاهنا بفسخ الكتابة لأنها قابلة للفسخ فتفسخ تكليلاً للاستيلاء فيها لا تنصرف به المكاتبه وهو أمومية الولد ، لأنه لا ضرر لها فيها بل لها فيه نفع حيث لم يبق عملاً للابتدال بالبيع والمبة وتبقى الكتابة فيها وراعه محلاً : أى فيها وراعه لا تنصرف به وهو كونها أحق بأكسابها وأكساب ولدها (قوله بخلاف التدبير) جواب عن قياس أبي حنيفة المتنازع فيه على المدبرة المشتركة . ووجهه أنها قد قلنا إن أمومية الولد تستكمل ما أمكن ولا إمكان هاهنا لأن التدبير غير قابل للفسخ ، فإذا استولد الشريك الثاني بعد استيلاء الأول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاؤه (قوله وبخلاف بيع المكاتب) قيل هو جواب عما يقال هلا فسختم الكتابة في ضمن صحة البيع فيما إذا بيع

(قوله ويكون الولد ابنة بالنظر إلى الظاهر) أقول : أى ما ذكر من ضمان كمال العقر وقيمة الولد ويكون الولد ابنة ثابت بالنظر إلى الظاهر والحقيقة (قوله لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه) أقول : سبق في هذه الكلمة أن الأوصاف الواردة الشرعية في الأمهات تسمى إلى الأولاد (قوله وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوماً على إحداهما) أقول : هذا بخلاف لما أسلفه الشارح في باب البيع الفاسد من أن الروائين في حق المدبر ، وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والنصب لأنه لا تقوم لماليها (قال المصنف : وبخلاف بيع المكاتب) أقول : هذا جواب عن عنى عن قياس أبي حنيفة نقل المكاتبه المفروضة من

لا يرضى ببقائه مكاتبا . وإذا صارت كلها أم ولد له فالثاني وطئ أم ولد الغير (فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حراً عليه بالقيمة) غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة (ويلزمه جميع العقر) لأن الوطء لا يعرى عن إحدى الغرامتين ، وإذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له ، قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لأن الكتابة انفسخت فيها لا تنضمر به المكاتب ولا تنضمر بسقوط نصف البدل . وقيل يجب كل البدل لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي إبقائه في حقه نظر للمولى وإن كان لا تنضمر المكاتبه بسقوطه ، والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بأبدال منافعها ، ولو عجزت وردت في الرق ترد إلى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا .

هلا قلتم بفسخ الكتابة ضمناً لصحة البيع فيما إذا بيع المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة ضمناً لصحة الاستيلاء ؟ وجه الجواب أن في تجويز البيع إبطال الكتابة ، إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ، ولو أبطلناها تنضمر به المكاتب . وفسخ الكتابة فيما ينضمر به المكاتب لا يصح . هذا ما عليه جمهور الشراح في حل مراد المصنف بكلامه هذا عليه . وقد ذكر هذا السؤال والجواب صراحة في الكافي بفان قيل ، قلنا : ثم إن صاحب العناية بعد أن ذكر هذا المعنى لكلام المصنف هذا بقيل قال : ويجوز أن يكون بيانا لقوله وتبى الكتابة فيما وراءه فإن البيع وراءه لا ينضمر به فإن المكاتب ينضمر به فتبقى الكتابة كما كانت انتهى . أقول : لا يفتى على من له ذوق صحيح ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ ومن جهة المعنى فليفتكر . وقال بعض الفضلاء : قول المصنف هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة نقل المكاتب المفروضة من ملك الثاني إلى ملك الأول على بيعها . ووجهه أن في النقل لا تنفسخ

المكاتب كما فسختوها في ضمن صفة الاستيلاء . ووجهه أن في تجويز البيع إبطال الكتابة إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ، ولو أبطلناها تنضمر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما ينضمر به المكاتب لا يصح ، ويجوز أن يكون بيانا لقوله وتبى الكتابة فيما وراءه . فإن البيع وراءه لا ينضمر به ، وإن كان المكاتب ينضمر به فتبقى الكتابة كما كانت (قوله وإذا صارت كلها أم ولد له) متصل بقوله صارت كلها أم ولد له . وتقديره أنه لما ادعى الأول صارت كلها أم ولد له ، وإذا صارت كلها أم ولد له فالثاني وطئ أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حراً عليه بالقيمة غير أنه لا يجب عليه الحد للشبهة وهي شبهة أنها مكاتبه بينهما بدليل ما ذكره أبو حنيفة أنها تبقى مكاتبه بينهما فيما تنضمر به للإجماع على ما ذكرناه ، ولا حد على وطء مكاتبته . ويلزمه جميع العقر لأن الوطء لا يعرى عن إحدى الغرامتين . وقوله (وإذا بقيت الكتابة) متصل بقوله وتبى الكتابة فيما وراءه . وتقديره وتبى الكتابة فيما وراءه ، وإذا بقيت الكتابة فصارت كلها مكاتبة له : أي للأول . قبل هو جزاء إذا بقيت يجب عليها نصف بدل الكتابة لأن الكتابة قد انفسخت فيما لا تنضمر به المكاتب ، ولا تنضمر بسقوط نصف البدل وهو نصيب الشريك الثاني وهو قول أبي منصور . وقيل يجب كل البدل لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حق التملك ضرورة تكيل الاستيلاء ، والثابت بالضرورة لا يمتد فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل . وقوله (وفي إبقائه) يجوز أن يكون جواباً عما يقال الكتابة تنفسخ فيما لا تنضمر به المكاتب . وهي لا تنضمر بسقوط نصف البدل فيجب أن تنفسخ . ووجهه أن في إبقاء عقد الكتابة في حق نصف البدل نظراً للمولى وإن كانت لا تنضمر المكاتبه بسقوطه ، فرجحنا جانب المولى لأن الأصل في الكتابة عدم الفسخ (والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بأبدال منافعها ، ولو عجزت وردت في الرق ترد إلى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا) في تعليل قول أبي حنيفة .

ملك الثاني إلى ملك الأول على بيعها ، ووجهه أن في النقل لا تنفسخ للكتابة مطلقاً كما فصل بخلاف البيع (قوله أنها تبقى مكاتبه بينهما) أقول : يخالف لقوله وهي مكاتبه له (قوله قيل هو جزاء إذا بقيت) أقول : قوله هو راجع إلى قوله قيل (قوله على ما بينا) أقول : يعني في شرح قوله ويبقى فيما وراءه (قوله في تعليل قول أبي حنيفة) أقول : فيه بحث ، والأولى أن يقال في تعليل القولين .

قال (ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكانية) لأنه تملك نصيب شريكه وهي مكتوبة قيمته موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان التملك (وفي قول محمد : يضمن الأقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة) لأن حق شريكه في نصف الرقية على اعتبار العجز ، وفي نصف البذل على اعتبار الأداء فلا تردد بينهما يجب أقلهما . قال (وإذا كان الثاني لم يظأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير) لأنه لم يصادف الملك . أما عندهما فظاهر لأن المستولد تملكها قبل العجز . وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلائنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك ، بخلاف النسب لأنه يعتمد الغرور على ما مر . قال (وهي أم ولد للأول)

الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع ، إلى هنا كلامه . أقول : أنت خير بأن القياس الذي ذكره لم يقع من أبي حنيفة قط فكيف يكون هذا جوابا عن ذلك (قوله ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف نصف قيمتها مكانية . إلى قوله : فلا تردد بينهما يجب أقلهما) قال صاحب النائية في شرح هذا المقام : إذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكانية عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا ، لأنه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والإعصار . وعند محمد يضمن الأقل من نصف قيمته مكانية ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة ، لأن حق شريكه في نصف الرقية على اعتبار العجز وفي نصف البذل على اعتبار الأداء ، فلا تردد بينهما يجب أقلهما لأنه متيقن . قال صدر الإسلام : ولأنه لو بقي من البذل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاء فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خسران إذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل إليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقية إلا نصف درهم فلماذا أوجبنا الأقل ، هذا قولهما في المكاتب المشترك إذا أعتق أحدهما نصيبه ، وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه ، فلي قياس قول أبي يوسف يضمن الأول لشريكه نصف قيمتها مكانية ، وعلى قياس قول محمد يضمن الأول الأقل من نصف قيمتها مكانية ومن نصف ما بقي من البذل ، والوجه قد ذكرناه ، إلى هنا كلام صاحب النائية . أقول : هذا شرح فاسد وتحرير مختل . أما أولا فلأن قوله إذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكانية عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا خبط فاحش ، إذ قد صرح في عامة المعترات حتى الهداية نفسها فيها سيأتي بعد نصف صفحة بأن قول أبي يوسف في تلك المسئلة أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكانية إن كان موسرا

قال (ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف الخ) إذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكانية عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والإعصار . وعندما يضمن الأقل من نصف قيمته مكانية ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لأن حق شريكه في نصف الرقية على اعتبار العجز ، وفي نصف البذل على اعتبار الأداء ، فلا تردد بينهما يجب أقلهما لأنه متيقن . قال صدر الإسلام : ولأنه لو بقي من البذل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاء فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خسران إذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل إليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقية إلا نصف درهم فلماذا أوجبنا الأقل ، هذا قولهما في المكاتب المشترك إذا أعتق أحدهما نصيبه ، وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه ، فلي قياس قول أبي يوسف يضمن الأول لشريكه نصف قيمتها مكانية ، وعلى قياس قول محمد يضمن الأقل من نصف قيمتها مكانية ومن نصف ما بقي من البذل ، والوجه قد ذكرناه (وإذا كان الثاني لم يظأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لعدم مصادفته الملك ، أما عندهما فظاهر ، لأن المستولد تملكها قبل العجز ، وأما عنده فلائنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه) أي التدبير (مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك) فلا يصح بدونه (بخلاف النسب) فإنه يثبت من الثاني إن وجد الوطء منه (لأنه يعتمد الغرور) لا الملك (وهي أم ولد للأول لأنه تملك نصيب شريكه وكل الاستيلاء على ما بينا) يعني في تعليل قول أبي حنيفة وهو قوله

لأنه تملك نصيب شريكه وكل الاستيلاء على ما بينا (ويضمن لشريكه نصف عقرها) لو طئه جارية مشتركة (ونصف قيمتها) لأنه تملك نصفها بالاستيلاء وهو تملك بالقيمة (والولد ولد الأول) لأنه صحت دعوته لقيام المصحح ، وهذا قولهم جميعا . ووجهه ما بينا . قال (وإن كانا كاتبها ثم أعقضا أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة ، وقالا : لا يرجع عليها) لأنها لما عجزت وردت في الرق تصير كأنها لم تزل قنة ،

ويسمى العبد إن كان معسرا بناء على أنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار والإعصار . ومن العجائب قول صاحب العناية في الاستدلال على قول أبي يوسف في تلك المسئلة لأنه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والإعصار ، إذ لا يشبه على أحد أن ضمان الإعتاق ضمان إفساد التملك لا ضمان التملك ، أو لم يرقول صاحب الكفاية بصدد شرح قول المصنف هنا لأنه ضمان تملك فأما إذا أعقضا أحدهما أولا كان هذا ضمان إفساد الملك . وأما ثانيا فلأن قوله هذا قولهما في المكاتب المشتركة إذا أعتق أحدهما نصيبه يدل على أن ما ذكره فيما قبل بأسره كان في حق المكاتب المشترك إذا أعتق أحدهما نصيبه مع أن ما نقله عن صدر الإسلام فيما قبل صريح في أنه في حق المكاتب المشتركة إذا تملكها أحدهما بالاستيلاء . وأما ثالثا فلأنه صرف القياس في كلام المصنف هذا إلى قول أبي يوسف ومحمد معا حيث قال : وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه . فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الأول لشريكه نصف قيمتها مكانية ، وعلى قياس قول محمد يضمن الأقل من نصف قيمتها مكانية ومن نصف ما بقي من البذل انتهى . مع أن كلام المصنف في القياس عليه وهو مسئلة الإعتاق على ما سيأتي صريح في أن محمدا مع أبي يوسف هناك في أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكانيا إذا كان موسرا دون الأقل منها ومن نصف ما بقي من البذل ، فكيف يتم القياس على قول محمد رحمه الله ، نعم يجوز أن يكون عن محمد روايتان في مسئلة إعتاق أحد الشريكين المكاتب المشترك بينهما إحداهما ما ذكره المصنف فيما سيأتي ، والأخرى ما يوافقه قياس ما ذكره في مسئلة الاستيلاء ، ويدل عليه ما ذكر في بعض الكتب المتبررة كالكاافي والبدائع ، فإن المذكور فيهما في مسئلة الإعتاق على قول محمد هو الرواية الأخرى وهي ضمان الأقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بذل الكتابة ، لكن كلامنا في علم مساعلة كلام المصنف نفسه لصرف القياس الذي أقصمه في لفظ إجماع الصغير هاهنا إلى قولهما معا . ثم أقول : الوجه عندى أن يكون مراد المصنف هاهنا أن قول أبي يوسف فيما نحن فيه من مسئلة الاستيلاء على قياس قوله في مسئلة الإعتاق . وأما قول محمد فيه فعلى خلاف قوله في تلك المسئلة : يرشدك إلى هذا المعنى قطعا أسلوب تحرير المصنف حيث قال في قياس قول أبي يوسف : وفي قول محمد بزيادة لفظ قياس في الأول وحذفه في الثاني تدبر (قوله وهذا قولهم جميعا) لأن الاختلاف مع بقاء الكتابة وهاهنا ما بقيت لأنه لما استولدها الأول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره ، كذا في العناية وغيرها . قال بعض الفضلاء فيه : إنه

وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال (ويضمن لشريكه نصف عقرها لو طئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لأنه تملك نصفها بالاستيلاء وهو تملك بالقيمة ، والولد ولد الأول لأنه صحت دعوته لقيام المصحح) وهو الملك في المكاتب (وهذا قولهم جميعا) لأن الاختلاف مع بقاء الكتابة وهاهنا ما بقيت ، لأنه لما استولدها الأول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره ، وقد ذكرنا أيضا من قوله (ووجهه ما بينا) أى في تعليل القولين ، أما طرف أبي حنيفة فقد ذكرنا آفا من قوله وتبين أن الجارية الخ ، وأما طرفهما فهو قوله لأنه لما ادعى الأول صارت كلها أم ولده الخ (وإن كان كاتبها ثم أعقضا أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة ، وقالا : لا يرجع عليها لأنها لما عجزت وردت في الرق صارت كأنها لم تزل قنة .

(قوله وهذا قولهم جميعا لأن الاختلاف مع بقاء الكتابة) أقول : فيه أنه ينبغي أن يملكها عنه محمد بالأقل من نصف القيمة ونصف بذل الكتابة فيلزم (قوله لأن الاختلاف) أقول : يبنى بين أبي حنيفة وصاحبيه .

والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسئله تجزؤ الإعتاق وقد قررناه في الإعتاق ، فأما قبل العجز ليس له أن يضمّن المعتق عند أبي حنيفة لأن الإعتاق لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لأنها مكاتبه قبل ذلك وعندها لما كان لا يتجزأ بحق الكل فله أن يضمّن قيمة نصيبه مكاتباً إن كان موسراً ، ويستسعى العبد إن كان معسراً لأنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار والإعسار . قال (وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر ، فإن شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبراً ، وإن شاء استسعى العبد ، وإن شاء أعتق ، وإن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمّن المعتق ويستسعى أو يعتق ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الإعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه . فإذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء ، وإعتاقه يقتصر على نصيبه لأنه يتجزأ عنده ، ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمّن قيمة نصيبه ، وله خيار العتق والاستسعاء أيضاً كما هو مذهبه ويضمّنه قيمة نصيبه مدبراً لأن الإعتاق صادف المدبر . ثم قيل : قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين . وقيل يجب ثلثا قيمته

ينبغي أن يملكها عند محمد بالأقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتأمل انتهى . أقول : يمكن الفرق بأن وجه قول محمد بالأقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فيها إذا بقيت الكتابة وهو أن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الأداء فلتردد بينهما يجب أقلهما ، وهذا الوجه غير متمشٍ فيها إذا لم تبق الكتابة لأن كون حق شريكه

والجواب فيه) أي في إعتاق أحد الشريكين القن (على هذا الخلاف في الرجوع) فإن عند أبي حنيفة إذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد ، وعندهما لا يرجع عليه (وفي الخيارات) عند أبي حنيفة الساكت غير بين الخيارات الثلاث : إن شاء أعتق ، وإن شاء استسعى العبد ، وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه . وعندهما ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار (وغيرها) يعنى الولاء وترديد الاستسعاء ، فإن عند أبي حنيفة إن أعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهما ، وإن ضمن المعتق فالولاء للمعتق ، وعندهما للمعتق في الوجهين جميعاً . وأما ترديد الاستسعاء فلهما لا يريان الاستسعاء مع اليسار ، ويقولان : إن كان للمعتق موسراً يضمّن نصيب الساكت ، وإن كان معسراً سعى العبد لنصيب الساكت ، وأبو حنيفة رضى الله عنه يراه (كما هو مسئله تجزؤ الإعتاق كما قرّر في العتاق) هذا إذا عجز (فأما قبل العجز فليس له أن يضمّن المعتق عند أبي حنيفة) خلافاً لهما وهو واضح ، وبناءه أيضاً على تجزؤ الإعتاق ، وذلك (لأن الإعتاق لما تجرأ عنده لم يظهر إفساده نصيب الساكت ما لم يعجز فإن أثره حينئذ أن يجعل نصيب الساكت كالمكاتب) وهو حاصل ، وإنما يظهر ذلك إذا عجزت كما يوجب ذلك في القنة فيوجب الضمان (وعندهما لما لا يتجزأ عن حق الكل فله أن يضمّن قيمة نصيبه مكاتباً إن كان موسراً ويستسعى العبد إن كان معسراً ، لأنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار والإعسار) قال (وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما الخ) وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فإن المدبر غير بين تضمين المعتق نصف قيمة المدبر وبين استسعاء العبد وإعتاقه ، وإن كانت المسئلة بالعكس من ذلك وهو أن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يضمّن المعتق ولكن يستسعى أو يعتق ، وهذا عند أبي حنيفة . ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكنه يفسد به نصيب الآخر لسد

(قوله وغيرها الخ) أقول : معلوف على قوله وفي الخيارات ، وقوله وفي الخيارات معلوف على قوله في الرجوع (قوله يعنى الولاء وترديد الاستسعاء) أقول : فيه أن ترديده الاستسعاء غير خارج عن الخيارات الثلاث كترديد العتق (قال المصنف : وإذا كان العبد بين رجلين) أقول : ليست المسئلة من كتابة العبد المشترك .

زهو فن لأن المنافع أنواع ثلاثة : البيع وأشباهاه ، والاستخدام وأمثاله ، والإعتاق وتوابعه ، والفائت البيع فيسقط الثالث . وإذا ضمنه لامتلكه بالضمان لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك ، كما إذا غصب مدبراً فأبقى ، وإن أعفته أحدهما أولاً كان للآخر الخيار التلات عنه ، فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقى خيار الإعتاق والاستسعاء لأن المدبر يفتق ويستسعى (وقال أبو يوسف ومحمد : إذا دبره أحدهما فتق الآخر باطل) لأنه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير (ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً) لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار ، ويضمن نصف قيمته قناً لأنه صادفه التدبير وهو قن (وإن أعفته أحدهما فتدبير الآخر باطل) لأن الإعتاق لا يتجزأ فتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يمتدحه (ويضمن نصف قيمته إن كان موسراً) ويسعى العبد في ذلك إن كان معسراً لأن هذا ضمان الإعتاق فيختلف ذلك باليسار والإعسار عندهما ، والله أعلم .

في نصف البدل على اعتبار الأداء إنما يتصور عند بقاء الكتابة ، وأما بعد زوالها فيصير ما أدته إلى شريكه بمنزلة العدم كما هو الحال في كل مكاتب عجز عن أداء تمام البدل فانفسخت الكتابة فحينئذ يتعين حق شريكه في نصف الرقبة فيضمن نصف قيمتها بالاتفاق فليتأمل انتهى .

باب النقل عليه فله أن يضمن قيمة نصيبه وله الإعتاق والاستسعاء ، فإذا أعتق الآخر لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء ، ويقتصر الإعتاق على نصيبه لأنه يتجزأ عنه ، ولكن يفسد به نصيب شريكه لسد باب الاستخدام عليه فله تضمين نصيبه والإعتاق والسعاية أيضاً كما هو مذهبه . فإن ضمنه ضمن قيمة نصيبه مدبراً لأن الإعتاق صادف المدبر . واختلوا في قيمته . فليل قيمته تعرف بتقوم المقيمين . وقيل قيمته ثلثا قيمة القن لأن المنافع أنواع ثلاثة : البيع وما أشبهه فيكونه خروجاً عن الملك ككتابة والصدقة والإرث والوصية والاستخدام وأمثاله فيكونه انتفاعاً بالمنافع كالإجارة والعمارة والوطء . والإعتاق وتوابعه كالكتابة والاستيلاء والتدبير والإعتاق على مال ، والفائت من ذلك النوع الأول فيسقط الثلث ، وإذا ضمنه لا يملك شيئاً بالضمان لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبراً وأبقى فإنه يضمنه ولا يملكه فكان ضمان حيولة بين المالك والمملوك لأضمان تملك ، وإن أعفته أولاً : يعنى المسئلة الثانية كان للآخر الخيار التلات عنه خيار التضمين والإعتاق والسعاية ، لأن المعتق اقتصر على نصيبه وأفسد نصيب شريكه كما مر ، فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين ، لأنه بمباشرة التدبير يصير مبرراً للمعتق عن الضمان لمخى وهو أن نصيبه كان قناعاً عند إعتاق المعتق فكان تضمينه إياه متعلقاً بشرط تملك العين بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير . بخلاف الأول فهناك كان نصيبه مدبراً اعتد ذلك فلا يكون التضمين مشروطاً بتمليك العين منه . والحاصل أن الضمان يتعلق بالتمليك إذا كان أجل وقت الإعتاق قابلاً للتمليك ، كما إذا أعتق أولاً أو غصب القن فأتى أبقى ، وأما إذا لم يكن أجل قابلاً له وقت الإعتاق كما إذا تقدم التدبير فالضمان يتعلق بمجرد الحيولة بين المالك والمملوك لا بالتمليك ، فإذا اعترض ضمان الحيولة على ما يتعلق بالتمليك سقط الضمان لقوات شرطه ، فصار مفوت الشرط بتفويته مبرراً لصاحبه عما لزمه ، وبقى له خيار الإعتاق والاستسعاء لأن المدبر يفتق ويستسعى . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا دبره أحدهما فتق الآخر باطل ، لأنه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار ويضمن نصف قيمته قناً لأن تدبيره صادفه وهو قن ، وإن أعفته أحدهما فتدبير الآخر باطل لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما فيفتق كله : وكلامه فيه ظاهر .

ولما ذكرنا استمراداً (قوله فإذا دبره ، إلى قوله : وهو أن نصيبه كان قناً) أقول : التضمين في قوله نصيبه والتضمين المستقر في قوله دبر واجبان إلى قوله للآخر في قوله لكان للآخر الخيار التلات .

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

قال (وإذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله ، فإن كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يجعل بتعجيله وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة) نظرا للجائنين ، والثلاث هي المدة التي ضربت لإبلاء الأعدار كإمهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه (فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيله عجزه وفسخ الكتابة ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان) لقول علي رضي الله عنه : إذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ، ولأنه عقد إرفاق حتى كان أحسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من إمهال مدة استيسارا ، وأولى المدة ما توافق عليه العاقدان .

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهر التناسب لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة ، فكذا بيان أحكامها قوله والثلاث هي المدة التي ضربت لإبلاء الأعدار كإمهال الخصم للدفع والمديون للقضاء قال صاحب العناية : والمديون بالجر عطف على كإمهال . أقول : هذا بحسب ظاهره غير صحيح قطعا ، إذ لا شك أن المديون معطوف على الخصم والمعنى وإمهال المديون لأجل

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهر للتناسب لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة . قال (وإذا عجز المكاتب عن نجم التجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة ، وإن عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فإن كان له دين يقبضه أو مال غائب يقدم عليه لم يجعل بتعجيله وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظرا للجائنين والثلاث هي المدة التي ضربت لإبلاء الأعدار كإمهال الخصم للدفع) فإن المدعى عليه إذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لي بيته حاضرة أنه يؤخر يوما ويومين وثلاثة لا يزاد عليه ، وجعلوا هذا التقدير من باب التعميل دون التأخير ، والأصل فيه قصة موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال في لكرة الثالثة : - هذا فراق بيني وبينك - وكذلك قد رصاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة أيام (والمديون) بالجر معطوف على كإمهال : يعني إذا ثبت على رجل مال فقال المدعى عليه أمهلني يوما أو ثلاثة أيام فإنه يعمل ولا يزاد عليه (فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيله عجزه وفسخ الكتابة عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه : إذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط) فلا يوجد دونه . ولقائل أن يقول : هذا استدلال بمفهوم الشرط ، وهو ليس بتامهض لأنه يفيد الوجود فقط . والجواب ما أشار إليه فخر الإسلام أنه معلق بشرطين ، والمعلق بشرطين لا ينزل عند أحدهما ، كما لو قال : إن دخلت هذين الدارين فأنت طالق (ولأن عقد الكتابة عقد إرفاق) مبتناه على المساعة (حتى كان أحسنه مؤجله ، وحالة الوجوب بعد حلول نجم) فلا إرفاق في الطلب عنده (فلا بد من إمهال مدة إرفاقا ، وأولى المدة لذلك ما توافق عليه العاقدان) فإن مضى النجم الثاني ولم يؤد المال

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

(قوله والمديون بالجر عطف على قوله كإمهال) أقول : فيه مساعة لظهور أنه معطوف على الخصم (قوله يعني إذا ثبت) أقول : يعني بإقرار المدعى عليه (قوله وقال أبو يوسف لا يعجزه الخ) أقول : سواء كان له وجه أم لا على ما ينهض من دليله .

ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز ، لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين ، وهذا لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضيا بكونه ، بخلاف اليومين والثلاثة لأنه لا بد منها لإمكان الأداء فلم يكن تأخيرها ، والآثار متعارضة ، فإن المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن مكاتبه له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها . قال (فإن أخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرد مولاة برضاه فهو جائز) لأن الكتابة تفسخ بالراضى من غير عذر فبالعذر أولى (ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ) لأنه عقد لازم تام فلا بد من القضاء أو الرضا كالرد بالعيب بعد القبض .

القضاء (قوله ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز ، لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول : فيه شيء . وهو أن دليلهما هذا لا يمتشى في صورة إن عجز عن أداء آخر النجوم التي توافقا عليه بعد أن أدى سائر النجوم بأسرها ، إذ لا يلزمه حينئذ سوى أداء نجم واحد حتى يجتمع عليه نجمان عند إتمامه مدة نجم فيكون أصح عن أدائهما بل يكون عليه حينئذ أن يؤدي نجما واحدا في ضعف مدته ، ولا ريب أنه أسير له كما قال أبو يوسف رحمه الله . وقال بعض الفقهاء : فيه تأمل ، فإنه إذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لانسلم هذه الشرطية انتهى . أقول : إن قوله هذه الشرطية ليس بسديد ، إذ الظاهر أن من في قوله من عجز عن أداء نجم واحد موصولة ، وأن قوله يكون أعجز عن أداء نجمين خبر أن في قوله لأن فلا شرط . ولا جزء في الكلام حتى تكون الجملة شرطية (قوله والآثار متعارضة ، فإن المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن مكاتبه له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها) هذا جواب عن استدلال أبي يوسف بأثر على

تحقق العجز عن أدائها فيفسخ لوجود مدة التأجيل التي اتفق عليها العاقدان (ولهما أن سبب الفسخ) وهو العجز (قد تحقق لأن من عجز عن أداء نجم واحد كان عن أداء نجمين أعجز ، وهذا أي كون العجز سببا لفسخ) لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضيا بكونه (والضمير في يفسخ يجوز أن يكون للمولى : أي فيفسخ المولى الكتابة إذا لم يكن راضيا ، وأن يكون للقاضي : أي فيفسخ القاضي إذا لم يكن المولى راضيا بكون ذلك النجم على اختلاف الروايتين ، فإن المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبد المولى به أو يحتاج إلى قضاء القاضي فيه روايتان بخلاف اليومين والثلاثة لأنه لا بد منها لإمكان الأداء فلم يكن تأخيرها قوله . والآثار متعارضة) جواب عن استدلاله بأثر على رضى الله عنه . وبيان ذلك أنه روى عن ابن عمر أن مكاتبه له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها ، لأن الآثار إذا تعارضت وجعل التاريخ تساقطت وبصار إلى ما بعدها من الحجة ، فيبقى ما قاله من الدليل بأن سبب الفسخ قد تحقق بالغ سائما من المعارض ، لأن دليل أبي يوسف حكاية لاتعارض المقول فيثبت الفسخ به . قال (فإن أخل بنجم عند غير السلطان المراد بالإخلال هاهنا ترك أداء وظيفة بدل الكتابة في الوقت الذي اتفقا على تعينه في أدائها : فإذا أخل بهذا التعيين بنجم عند غير السلطان : أي القاضي (فعجز فرد مولاة برضاه كان جائزا ، لأن الكتابة تفسخ بالراضى من غير عذر فبالعذر أولى ، وإن لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لأنه عقد لازم) من جانب المولى لا يقدر على الإبطال بانفراده (تام) ليس فيه خيار شرط ، وكل ما كان كذلك (ففسخه يحتاج إلى) الرضا أو (القضاء كالرد بالعيب بعد القبض) وقد تقدم أن فيه رواية أخرى أن الفسخ يصح بلا قضاء ، ووجهها أن هذا عيب تمكن من أحد العوضين قبل تمام العقد ، لأن تمام الكتابة بالأداء وتمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه ، فشيء بهذا الوجه بما لو وجد المشتري معيبا قبل القبض ، وهناك يقرده

(قال المصنف : لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول : فيه تأمل ، فإنه إذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا تسلم هذه الشرطية (قوله لأن دليل أبي يوسف) أقول : يبنى عليه المقول (قوله وتمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه) أقول : ومن جملة أحكامه الحرية وقبة عند الأدلة .

قال (وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق) لانفساخ الكتابة (وما كان في يده من الأكساب فهو لمولاه) لأنه ظهر أنه كسب عبده ، وهذا لأنه كان موقوفا عليه أو على مولاه وقد زال التوقف . قال (فإن مات المكاتب وله مال لم تنسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعقده في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما ، وبه أخذ علمائنا رحمهم الله . وقال الشافعي رحمه الله : تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه ، وإمامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه ، ولأن المقصود من الكتابة عقده وقد تعذر إثباته فتبطل ، وهذا لأنه لا يتخلو إما أن يثبت بعد الممات مقصودا أو يثبت

رضي الله عنه بأن الأمر المروى عن ابن عمر رضي الله عنهما على ما ذكر في الكتاب يعارضه فسقط الاحتجاج بها : أي بالآثار المتعارضة ، لأن الآثار إذا تعارضت وجهل التاريخ سقطت فيصير إلى ما بعدها من الحجة فيبقى ما قاله من الدليل بأن سبب الفسخ قد تحقق الخ سالما عن المعارض فيثبت الفسخ به ، كذا في عامة الشروح . أقول : هنا إشكال ، لأن ما قاله من الدليل المفعول راجع إلى القياس على مقتضى ما صرحوا به في كتب الأصول عند بيان انحصر الأدلة الشرعية في الأربعة من أن الاستدلال بالمفعول راجع إلى القياس ، وقد صرح به صاحب غاية البيان هاهنا أيضا حيث قال : إن الآثار متعارضة والتاريخ مجهول فيصير إلى ما بعدها من الدليل وهو القياس انتهى . وقد تقرر في الأصول أيضا أن القياس لا يجري في المقادير ، وما نحن فيه من قبيل المقادير كما أفصح عنه كثير من الشراح حيث قالوا : وما رويناه من حديث ابن عمر كالمروى عن النبي عليه الصلاة والسلام ، لأن ما يقوله الصحابي من المقادير يحمل على السماع لأنه لا يدركه القياس انتهى . فإذا تعارضت الآثار فيها نحن فيه وتساقت كما قالوا ولم يصح القياس في المقادير كما تقرر في الأصول والقروع فكيف ينتهض ما قاله من الدليل المفعول الذي مرجه إلى القياس حجة لها في إثبات مذهبها إليه في جواب هذه المسئلة فليتأمل (قوله وقال الشافعي : تبطل الكتابة ويموت عبدا ، وما تركه لمولاه وإمامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه ، ولأن المقصود من الكتابة عقده وقد تعذر إثباته فتبطل) قال صاحب العناية في شرح هذا المثل : وقال الشافعي : تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه فلمولاه ، وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه ، واستدل لذلك بالمفعول بأن المقصود من الكتابة عقده وعقده باطل والمقصود منها كذلك انتهى . ورد عليه بعض الفضلاء بأن قوله واستدل لذلك بالمفعول الخ لا يطابق المشروح لدلالته . على أنه استدلك بأثر زيد وبالمفعول حيث قال المصنف : ولأن المقصود بالواو العاطفة انتهى . أقول : بل هو مطابق للمشروح فإن الواو في قوله واستدل

المشترى بالنسخ بلا قضاء فكذلك هاهنا . قال (وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق لانفساخ الكتابة ، وما كان في يده من الأكساب فهو لمولاه لأنه ظهر أنه كسب عبده) وكسب العبد لمولاه (وإنما قال : ظهر لأن كسبه كان موقوفا عليه أو على مولاه) لأنه إن أدى بدل الكتابة فهو له وإلا فلمولاه (وقد زال التوقف) قال (فإن مات المكاتب وله مال لم تنسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعقده في آخر جزء من أجزاء حياته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) المولدون والمشترون في حال الكتابة وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما (وبه أخذ علمائنا رحمهم الله . وقال الشافعي رحمه الله ، تبطل الكتابة ويموت عبدا ، وما تركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه) واستدل لذلك بالمفعول بأن المقصود من الكتابة عقده وعقده باطل فالمقصود منها كذلك ، وذلك لأن الحق إن ثبت فإما أن يثبت بعد الممات مقصودا أو قبله أو بعده مستند إلى حال حياته ، لا سبيل إلى الأول لأن الميت ليس يحمل للحق ولا بد له من محل ، ولا إلا الثاني لأنه مشروط بالأداء والغرض عدمه فلم يوجد المشروط بدون شرطه ، ولا إلى الثالث لأن الشيء يثبت في الحال ثم يستند وهذا الشيء لم يثبت بعد

(قوله واستدل لذلك بالمفعول بأن المقصود من الكتابة عقده وعقده باطل فالمقصود منها كذلك) أقول : لا يطابق المشروح لدلالته على أنه استدلك بأثر زيد وبالمفعول حيث قال المصنف : ولأن المقصود بالواو العاطفة والموافق للمشروح فيبطل الكتابة ، لأن المقصود إنما شرحت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد (قوله وهذا الشيء لم يثبت بعد) أقول : بل هو معتدل بثبوت في الحال على ما علمته .

قبله أو بعده مستندا ، لاوجه إلى الأول لعدم الحاجة ، ولا إلى الثاني لفقد الشرط وهو الأداء ، ولا إلى الثالث لعدم الثبوت في الحال والشئ يثبت ثم يستند . ولنا أنه عقد معاوضة ، ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذلك بموت الآخر . والجامع بينهما الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق ، بل أولى لأن حقه أكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه ، والموت أنقضى للملكية منه للمملوكية

للعطف أيضا والمعطوف عليه معنى قوله وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه كأنه قال أخذ بقول زيد بن ثابت واستدل لمذهبه بالمعقول أيضا ، كما أن قول المصنف ولأى المقصود بالكتابة عطف على معنى قوله وإمامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه ، كأنه قال لأثر زيد بن ثابت ولأن المقصود بالكتابة الخ ، والعطف بحسب المعنى شائع في كلام الفقهاء ، وقد صرح بجواز ذلك كثير من المحققين في مواضع شتى من كتب البلاغة ، فتطابق الشرح والمشرح في حاصل المعنى كما ترى ، ثم إن ذلك البعض قال : والموافق للمشرح فتبطل الكتابة لأن العقود إنما شرعت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد انتهى . أقول : هذا كلام خال عن التخصيص لأنه كان مدار رده على صاحب العناية بعدم مطابقة شرحه للمشرح على تحقق الواو العاطفة في المشرح وعدم تحققه في الشرح على زعمه ، ولم يتحقق ذلك فيما ذكره نفسه قط فإنه قال : لأن العقود الخ بدون الواو العاطفة فامعنى عدم مطابقة ذلك للمشرح وموافقة هذا إياه ؟ وأيضا إن الفاء في قوله فتبطل الكتابة مما لا عمل له في المشرح كما لا ينبغي على القطن الناظر في عبارة المشرح (قوله بل أولى لأن حقه أكد من حق المولى) قال صاحب العناية : قوله بل أولى يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموث العاقد . لأن العقد يبطل بموت المقود عليه وهو المكاتب دون العاقد . ووجه ذلك أن للموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد هاهنا إنما هو الحاجة ، والحاجة إلى ذلك بعد موت المكاتب أدعى من حيث مقتضى المانع الخ . أقول : لايدخل على ذى فطرة سليمة أن قول المصنف هذا إنما هو لجرد المبالغة في تحقق الجامع المذكور في جانب المقيس وهو موت المكاتب من المتعاقدين ، ولا وجه لتجوز كونه جوابا عما يقال من طرف الخصم ليس موت المكاتب كموث العاقد ، لأن العقد يبطل بموت المقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ، لأن الجواب عنه إنما يتصور بمنع

(ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى ، فكذلك بموت الآخر ، والجامع بينهما الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق) وعليك باستحضار القواعد الأصلية لاستخراج ما يحتاج إليه القياس من بيان أصل منصوص عليه وفرع هو نظيره ولا نص فيه . وبيان أن هذا النص في الحال معلول ، وبيان ما يميز هذا الوصف عن غيره ، وبيان صلاحه بملاءمته للمطل المتقوله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن السلف ، وعدائته بظهور أثره في جنس الحكم المطل به وغير ذلك من شروط القياس ، فإن تعلم ذلك فارجع إلى الأصول الجدلوية بادعاء إضافة الحكم إلى المشترك وسد طريق ما يرد من رده ، وإدعاء الإضافة إلى المختص في هذا الموضع وأمثاله ، فإن يسر الله عليك ذلك يفيض من عنده بعد الجنو على التركيب بمضرة المحققين فذلك الفوز العظيم قدره ، وإلا فليارك ودعوى معرفة النهاية فتكون من الجهالة الذي ظهر عند ذوى التحصيل جلده ، وألحق بالأخسرين أعمالا الذين ضلّ سعيهم في الحياة الدنيا وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعا (قوله بل أولى) يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموث العاقد ، لأن العقد يبطل بموت المقود عليه وهو المكاتب دون العاقد . ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد هاهنا إنما هو الحاجة ، والحاجة إلى ذلك بعد موت المكاتب أدعى من حيث مقتضى المانع . أما المقتضى فلا لأن حقه أكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه ، (و أما المانع فلأن (الموت أنقضى للملكية منه للمملوكية)

(قوله يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموث العاقد) أقول : هذا لاينظر عن بعد بقوله لايبطل بموت أحد المتعاقدين فكذلك بموت الآخر فإنه صريح فيم كون المكاتب منقودا عليه ، اللهم إلا أن يحمل على الكلام التنزيل (قوله والحاجة إلى ذلك بعد موت المكاتب أدعى) أقول : إلى في قوله إلى ذلك متعلق بقوله أدعى ، وأشار بقوله ذلك إلى الإبقاء والمضى والحاجة إلى الإبقاء أدعى الخ :

فيُنزل حيا تقديرًا ، أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كأدائه ، وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات . قال (وإن لم يترك وفاة

كون المالك نفسه معقودا عليه ، وبين المعقود عليه إنما هو سلامة مالكية البذل كما صرحوا به والمصنف لم يتعرض في كلامه هذا لمنع ذلك قط ولا لبيان أن المعقود عليه ماذا ، فلا مجال لأن يكون كلامه هذا جوابا عن ذلك السؤال ، لأن بطلان التقديرات المعقود عليه أمر يجمع عليه لا يمتنع جوازها يكون الحاجة ادعى إلى إبقائه بعد أن هلك للمعقود عليه ، فلا تنفيذ للمقتضات المذكورة هاهنا شيئا في دفع ذلك السؤال أصلا ، ثم إن بعض الفضلاء قدح فيما جوزه صاحب العناية من كون كلام المصنف هذا جوابا عما ذكر بوجه آخر حيث قال : لا يخلو عن بعد بعد قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فإنه صريح في عدم كون المالك معقودا عليه ، اللهم إلا أن يحمل على الكلام التنزيلى انتهى . أقول : ليس هذا بنام لأن كون قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر صريحا في عدم كون المالك معقودا عليه ممنوع لاحتمال أن يكون المالك مع كونه أحد المتعاقدين معقودا عليه أيضا لوقوع العقد على نفسه ، ألا يرى إلى قوله في تصوير مسألة كتابة العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب بأن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ولئن سلم كونه صريحا في ذلك فعدم كون المالك معقودا عليه عندنا لا يستدعي عدم كونه كذلك عند الخصم أيضا ، والسؤال المذكور إنما يتوجه من قبل الخصم . فلو قصد المصنف بقوله بل أولى الجواب عنه لم يكن متافيا لقوله السابق بل يكون مقرا له فلا احتياج إلى التنزل ، بل لامتضى له يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق (قوله فينزل حيا تقديرًا أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كأدائه) هذا إشارة إلى الجواب عما ذكره الخصم من التردد بوجهين ذهب إلى كل واحد منهما جماعة من أصحابنا : أحدهما أنه يقتضي بعد الموت بأن ينزل حيا تقديرًا كما أنزلنا الميت حيا في حق بقاء الركة على ملكه فيها إذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث ، وكما قدرنا المولى حيا ومالكا وممتقا في فصل موت المولى . وثانيهما أنه يقتضي في آخر جزء من أجزاء حياته بأن تستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت ويجعل أداء خلفه كأدائه بنفسه . هذا زبدة ما في شروح هذا الكتاب وغيرها في هذا المقام . ثم أقول : من العجائب هاهنا أن صاحب الإصلاح والإيضاح بدل كلمة أو في أو

فإن المملوكة ضعفت والموت لا ينافيه لكونه صريحا حقيقة وفي المالكية ضرب قوة والموت ينافيه (فينزل حيا تقديرًا) كما أنزلنا الميت حيا في حق بقاء الركة على حكم ملكه فيها إذا كان على الميت دين مستغرق عليه وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث (أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء وهو عقد الكتابة إلى ما قبل الموت) فإن قيل : يلزم تقدم الشروط على الشرط . أجاب المصنف بقوله (ويكون أداء خلفه كأدائه) فلا يلزم ذلك ولا يتوهم أن الحق يقتضي على الأداء بل يقدر الأداء قبل الحق ، ولم يتعرض بأن المالك ليس بمعقود عليه لما تقدم أن المعقود عليه هو سلامة مالكية اليد . قال (وإن لم يترك وفاة

(قال المصنف : أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت) أقول : فإن قيل : من أين يخرج الجواب عن قول الشافعي الشيء يثبت ثم يستند ؟ قلنا : الأداء ثابت في الحال ، فإن أداء خلفه كأدائه فيستند إلى ما قبل الموت ، وثبوت الحرية ليس بطريق الاستناد فهذا جواب باعتبار الشق الثاني من التردد ، وإضافة السبب إلى الأداء بيانية . لو قلنا : المراد من استناد سبب الأداء استناد سببه عقد الكتابة لأنفسه ، إذ هو موجود قبله لكنه ليس بسبب ، فإن التعليلات ليست أسبابا متعنا في الحال بل عند وجود الشرط ، فإن أسند الأداء إلى ما قبل الموت فتأمل مرجعا إلى شرح الإقتضا ، ثم اعلم أن الاستناد أن يثبت الحكم في الزمان المتأخر ويرجع القهقري حتى يحكم بغيره في الزمان المتقدم ، كذا في التوضيح في فصل المأمور به نوعان (قوله أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء وهو عقد الكتابة إلى ما قبل الموت) أقول : ثبت عقد الكتابة قبل الموت ليس بطريق الاستناد وهو ظاهر . والحق أن تبطل إضافة السبب إلى الأداء بيانية . وقوله ويكون أداء خلفه ألغى دفعا لما يقال إنه لم يوجد من المالك الأداء به الممتنع (قوله ولم يتعرض بأن المالك ليس بمعقود عليه) أقول : ولعله إنما لم يتعرض له لأن سلامة مالكية اليد قامت بغيره ، إذ لمالكية الميت فلا فائدة في التعرض ، أو جملة باقي حكم مشترك كما لا يخفى . والجواب أنها حصلت له بالقدرة والتفصيل في النهاية .

وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه فإذا أدى حكما يعق أبيه قبل موته وعق الولد) لأن الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الأداء وصار كما إذا ترك وفاء (وإن ترك ولدا مشترى في الكتابة قيل له إما أن تؤدى الكتابة حالة أو ترد رقيقا) وهذا عند أبي حنيفة . وأما عندهما يؤدى إلى أجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة ، والجامع أنه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى إعتاقه بخلاف سائر أكسابه . ولأبي حنيفة وهو الفرق بين الفضلين أن الأجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل لأنه لم يضاف إليه العقد ولا يسرى حكمه إليه لانفصاله ، بخلاف المولود في الكتابة لأنه متصل وقت الكتابة فيسرى الحكم إليه بحيث دخل في حكمه سعى في نجومه (فإن اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه) لأنه لما حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لأنه تبع لأبيه في الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر (وكذلك إن كان هو وابنه مكانين كتابة واحدة) لأن الولد إن كان صغيرا فهو تبع لأبيه ، وإن كان كبيرا جعلنا كشخص واحد ، فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر .

تستند الحرية بكلمة الواو قال في شرحه في أثناء تقرير تحليل أثمتنا في هذه المسئلة ، فيزول حيا تقديرا وتستند الحرية باستناد منبب الأداء إلى ما قبل الموت . وقال في حاشيته على قوله وتستند الحرية : هذا من تمام التحليل ، فن قال أو تستند فقط أخطأ انتهى . وفسر القائل في حاشية صفري بصاحب الهداية ، ولا يتقى على الناظر في شروح الهداية وغيرها من الكتب المبسوطة أن الخطئ هو هذا الخطئ ، فإن المقصود من كلمة أو هو الإشارة إلى المسلكين المختلفين المستقلين في إثبات قول أثمتنا في مسئلتنا هذه ، فحق التعبير أن تذكر كلمة أو دون كلمة الواو ، ولعل منشأ غلط ذلك الخطئ أنه زعم أن قول صاحب الهداية أو تستند الحرية للغير معطوف على أول التحليل وهو قوله ولنا أنه عقد محاطة فضطأ بأنه من تمام التحليل المذكور فكيف يعطف عليه بكلمة أو ، ولا يرى أنه معطوف على قوله فيزول حيا تقديرا ، وأنه لا محذور في إتمام التحليل بأحد الأمرين بل فيه تربية الفالدة بتوسيع الدائرة (قوله ولا يسرى حكمه إليه لانفصاله) قال بعض الفضلاء : فيه بحث انتهى . أقول : الظاهر أن مراده بالبحث أنه لو لم يسر حكم عقد الكتابة إليه لما دخل في كتابة أبيه ، وقد مر في أول فصل من باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله أنه إذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته . وأيضا لو لم يسر حكمه إليه لما عتق عنده بأداء بدل الكتابة حالا ، لكنه ساقط بوجهيه . أما سقوط وجهه الأول فلأن دخول الولد المشتري في كتابة أبيه ليس لسراية حكم عقد الكتابة الذي جرى بين المكاتب ومولاه إليه ، بل يحمل للمكاتب مكاتب الولد باشرائه إياه تحقيقا لفصله بقدر الإمكان كما أن الحر إذا اشترى ولده يصير محققا بالأشراء . وأما سقوط وجهه الثاني فلأن عتق الولد المشتري عنده بأداء بدل الكتابة حالا ليس

وترك ولدا مولودا في الكتابة (الخ) الولد المولود في الكتابة يسمى في كتابة أبيه على نجومه إن كان مفسلا بالاتفاق لدخوله في كتابته فكان كسبه ككسبه فيخلفه في الأداء كما لو ترك وفاء . وأما الولد المشتري فكل مولود في الكتابة عندهما . وقال أبو حنيفة رحمه الله : قيل له إما أن تؤدى الكتابة حالة أو ترد رقيقا . هما اعتبراه بالمولود يجامع أنه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى إعتاقه كالمولود فيها ، بخلاف الأكساب فإن المولى لا تصرف له في أكسابه ولهذا لا يقدر على إعتاق عبد للمكاتب . وأبو حنيفة رحمه الله فرق بين الفضلين على ما ذكره في الكتاب ، فإن اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لأنه لما اشتراه دخل في كتابته ، فلما أدى بدل الكتابة عتق للمكاتب في آخر جزء من أجزاء حياته بطريق الاستناد ، ولما حكم بحريته في ذلك الوقت حكم بحرية ابنه أيضا في ذلك الوقت لأنه تبع لأبيه في الكتابة فيكون ذلك توريث حر عن حر ، وكذلك إن كوتب الأب والابن كتابة واحدة ومات الأب وترك وفاء ورثه ابنه لأن الولد إما أن يكون صغيرا أو كبيرا ، فإن كان صغيرا فهو تبع لأبيه ،

(قال المصنف : ولا يسرى حكمه إليه) أقول : فيه بحث .

قال (وإن مات المكاتب وله ولد من حرة وترك ديناً وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب) لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة ، لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالى الأم وإيجاب العقل عليهم ، لكن على وجه يحتمل أن يعتق فينجر الولاء إلى موالى الأب ، والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزاً (وإن اختصم موالى الأم وموالى الأب في ولائه فقضى به لموالى الأم فهو قضاء بالعجز) لأن هذا اختلاف في الولاء مقصوداً ، وذلك يبنى على بقاء الكتابة وانتقاضها ، فلها إذا فسخت مات عبداً واستقر

لأجل السراية أيضاً بل لصيرورة المكاتب إذا ذاك بمنزلة من مات عن وفاء . وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال : وكان ينبغي أن يباع بعد موته لقوات المتبوع ، ولكن إذا عجل صار كأنه مات عن وفاء انتهى فتبصر (قوله وإن مات المكاتب وله ولد من حرة الخ) قال صاحب العناية : ذكر هذه المسئلة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما انتهى . أقول : هذا كلام لا حاصل له ، لأن الفرق متحقق بين كل مستثنين ، وإلا لم تكونا مستثنين بل صارتا مسئلة واحدة . فكل مستثنين إذا ذكرتا يعرف الفرق بينهما ، فما وجه تخصيص عليهما بالفرق بذكر هاتين المستنتين ؟ فإن قيل : الفرق بين هاتين المستنتين حتى فكان بيانه أهم فيهما ولهذا خص عليهما بذكرهما . قلنا : خفاء الفرق أيضاً متحقق في كثير من المستثنين كما لا ينبغي . فلم يرد وجه التخصيص . وأيضاً لو كان ذكرهما لمجرد بيان الفرق بينهما لما استحققت واحدة منهما للذكر منفردة عن الأخرى ، ولا شك أن كل واحدة منهما مسئلة مهمة بنفسها مقصودة بالذكر والبيان ، على أن الفرق بين مفهومى هاتين المستنتين ظاهر غنى عن البيان ، وإنما احتج إلى البيان هو الفرق بين عليهما ، وبيان الفرق بين عليهما إنما وقع في البداية ، وهاتان المستنتان أنفسهما مذكورتان في البداية أيضاً بدون بيان أفعلة ، فلم يكن ذكرهما لبيان الفرق بينهما بل كان لبيان حكمهما في أنفسهما ، وفيهم الفرق بينهما من حيث الحكم كما في سائر المسائل (قوله لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة ، لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالى الأم وإيجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق فينجر الولاء إلى موالى الأب ، والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزاً) قال صاحب

وإن كان كبيراً جعلاً كخص واحد لاحتاد عقد الكتابة فيها . فالحكم بحرية الأب حكم بحريته في تلك الحالة : يعنى آخر جزء من أجزاء حياته على ما مر من استناد الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت . قال (وإن مات المكاتب وله ولد من حرة الخ) ذكر هذه المسئلة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما . وصورتها : مكاتب مات وله ولد حر من امرأة حرة وترك ديناً على الناس وفاء بمكاتبته ، فالكتابة باقية وولاء الولد لموالى الأم . أما بقاء الكتابة فلما له من المال المنتظر ، لأن الدين باعتبار ما له مال ، ولكن لا يحكم ببقائه حتى يؤدي البذل ، وإنما قيد بالدين لأنه لو ترك عبداً لم يأت القضاء بالإلحاق بالأم لإمكان الوفاء في الحال : وأما أن الولاء لموالى الأم فلائمه لما لم يحكم ببقائه لم يظهر الولد ولقاء في جانب أبيه ، فإن جنى هذا الولد جناية وقضى به : أى بموجب الجناية على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وفسخ الكتابة ، لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة ، وكل ما يقرر شيئاً لا يبيطه . أما أنه يقرر حكم الكتابة فلائها الكتابة تستلزم إلحاق الولد بموالى الأم وإيجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فينجر ولقاء ابنه إلى مواليه ، لأن الولاء كالنسب والنسب إنما يثبت من قوم الأم عند تعدد إثباته من الأب ، حتى لو ارتفع المانع من إثباته منه ، كما إذا أكلب الملائع نفسه عاد النسب إليه فكذلك الولاء ، فكان إيجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه . وأما أن كل ما يقرر شيئاً لا يبيطه فلائها يعود على موضوعه بالنقض (قوله وإن اختصم موالى الأم الخ) هو المسئلة الثانية ، وصورتها : مات هذا الولد بعد الأب واختصم موالى الأب وموالى الأم فقال موالى الأم مات رقيقاً والولاء لنا ، وقال موالى الأب مات حراً والولاء لنا ، فقضى بولائه لموالى الأم فهو قضاء بالعجز

(قوله ذكر هذه المسئلة والتي بعدها) أقول : وهى قوله وإن اختصم موالى الأم (قوله لأنه لو ترك عبداً لم يأت القضاء) أقول : أى على مدعينا (قوله مات رقيقاً ، إلى قوله : مات حراً والولاء لنا فقضى بولائه) أقول : الضمير المستتر في مات رقيقاً والمستتر في مات حراً واجتماع إلى الأب ، والضمير في قوله بولائه راجع إلى الولد (قال للمصنف : لأن هذا اختلاف في الولاء مقصوداً الخ) أقول : لا ينبغي

الولاء على موالى الأم ، وإذا بقيت واتصل بها الأداء مات حرا وانتقل الولاء إلى موالى الأب ، وهذا فصل مجهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا . قال (وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاة ثم عجز فهو طيب للمولى لتبديل الملك) فإن العبد يتماكه صدقة والمولى عوضا عن العتق ، وإليه وقعت الإشارة النبوية في حديث بريرة رضى الله عنها « هي لما صدقة ولنا هدية » وهذا بخلاف ما إذا أباح للعتي والمأشبي ، لأن المباح له يتناوله على ملك المبيع ، ونظيره المشتري شراء فاسدا إذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ، ولو عجز قبل الأداء إلى المولى فكذلك الجواب ، وهذا عند محمد ظاهر لأن بالعجز يتبدل الملك عنده . وكذا عند أبي يوسف . وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده

الغاية في حل هذا الحل : لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة . وكل ما يقرر شيئا لا يطله . أما أنه يقرر حكم الكتابة فلأن الكتابة تستلزم إلحاق الولد بموالى الأم وإيجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يفتى المكاتب فيعجز ولأبنته إلى مواليه ، لأن الولاء كالنسب والنسب إنما يثبت من قوم الأم عند تعذر إثباته من الأب ، حتى لو ارتفع المانع من إثباته منه ، كما إذا أكلت المكاتب للملاعن نفسه عاد النسب إليه فكذلك الولاء ، فكان إيجاب العقل من لوازمها ، وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه . وأما أن كل ما يقرر شيئا لا يطله فلأننا يود على موضوعه بالنقض انتهى كلامه . أقول : في تقريره نوع إشكال على طريقة أهل المعقول فإن قوله ثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه ممنوع ، إذ لا يلزم من ثبوت اللازم ثبوت الملزوم بلواز أن يكون اللازم أهم من الملزوم ، ولا شك أن تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص ، والظاهر فيها نحن فيه عموم اللازم لأن إيجاب العقل على موالى الأم يتحقق في صورة أن يقضى بعجز المكاتب كما يتحقق في صورة أن يبقى على كتابته فلا يتم التعريب . ثم أقول : يمكن دفعه بأن اللازم هاهنا ليس مطلق لإيجاب العقل على موالى الأم ، بل لإيجابه عليهم على وجه يحتمل أن يفتى المكاتب فيعجز ولأبنته إلى مواليه وإيجابه عليهم على ذلك الوجه لازم مساو لصورة إبقاء الكتابة ، إذ في صورة القضاء بالعجز يفتى هذا اللازم بانتفاء جزئه وهو احتمال جزء الولاء كما صرح به في المسئلة الآتية ، ولكن بقي هاهنا شيء ، وهو أن المانع أن يمنع ثبوت هذا اللازم المقيد فيها نحن فيه ، لأن ثبوته فيه يتوقف على أن لا يكون القضاء بموجب جنابة الولد على عاقلة الأم قضاء بعجز المكاتب وهو أول المسئلة ، فلا يخلو التعليل المذكور عن نوع المصادرة فتأمل (قوله وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاة ثم عجز فهو طيب للمولى لتبديل الملك) وتبديل الملك بمنزلة تبديل العين في الشريعة ، كذا في الكافي وعامة الشروح . فإن قيل : إن ملك

وفسخ الكتابة ، لأن هذا الاختلاف اختلاف في الولاء مقصودا وهو واضح . وذلك يبنى على بقاء الكتابة وانتقاضها ، فلها إذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالى الأم ، وإذا بقيت واتصل بها الأداء مات حرا وانتقل الولاء إلى موالى الأب ، وهذا : أي بقاء الكتابة وانتقاضها فصل مجهد فيه كما مر فينفذ ما يلاقيه من القضاء ، وإذا كان القضاء بالولاء نافذا انفسخ الكتابة لانتفاء لازمها وهو احتمال جزء الولاء ، لما تقدم في المسئلة الأولى أن ذلك جزء اللازم والشيء ينتفى بانتفاء جزئه . قيل : فسخ الكتابة . مبنى على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطلان وفي صيانه بطلان ما يجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب . وليس أحد البطالين أرجح . وأجيب بأن صيانة القضاء أولى لأنه إذا لاقى فصلا مجهدا فيه تقلد بالإجماع ، وصيانة ما هو مجمع عليه أولى من صيانة كتابة اختلفت الصحابة في نفاذها . قال (وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاة ثم عجز) إذا كان المكاتب أخذ من الزكوات شيئا وعجز ، فأما إن عجز بعد أدائه إلى المولى أو قبله ، فإن كان الأول فهو طيب

عليك أن مقصود كل واحد من تينك الطائفتين قرار الولاء عليه ، فاغتصامهم في الحقيقة فيه فلا يرد أن يقال : يتصور الولاء لأول الأم على تقدير بقاء الكتابة قبل اتصال الأداء فلا يستقيم قوله وذلك يبنى (قوله لانتفاء لازمها وهو احتمال النسخ) أقول : هاهنا مسأله حيث لا يطابق تعليله للدليل ظاهرا ، فإنه جعل احتمال جزء الولاء لازما في اللصي ، وجزء اللازم في الدليل ، وتوجيهه غير شق كما لا يخفى (قوله رعاية لحق المكاتب) أقول : ناظرا إلى قوله ما يجب رعايته .

لأنه لا خبث في نفس الصدقة ، وإنما الخبث في فعل الآخذ لكونه إذلالا به ، ولا يجوز ذلك للفني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمة والآخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذنا من الصدقة فإنه يطيب لهما ، وعلى هذا إذا أعتق المكاتب واستغنى بطيب له ما بقي من

الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك ؟ قلنا : ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا في مقابلة ملك اليد للمكاتب ، حتى كان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه ، ولم يكن للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه ، ثم بالعجز يتمكس الأمر ، وليس هذا إلا بتبدل الملك للمولى كذا قال جمهور الشراح . واعترض صاحب العناية على هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب . وفيه نظر ، لأننا لنسلم أن ذلك تبدل ، ولكن كان فلا تسلم أن مثله بمنزلة تبدل العين اه . وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال : قلت أول كلامه منع مجرد ، والثاني دعوى بلا برهان اه . أقول : ليس هذا بشيء ، فإن المنع المجرد والمنع مع السند كلاهما من دأب المناظرين ، غاية الأمر أن الثاني أقوى من الأول ، فلا يفيد قوله أول كلامه منع مجرد . وأما قوله والثاني دعوى بلا برهان ففساد ، إذ لا دعوى له في الثاني بل هو أيضا منع محض كما ترى فلا يلزمه البرهان ، والصواب في دفع ذلك أن يقال : إن منع التبدل مكابرة ، إذ لا شك أن الانتماء يقتضي التبدل بل هو عين التبدل ، وإن منع كون مثل هذا التبدل بمنزلة تبدل العين ساقط ، لأن كونه بمنزلة تبدل العين إنما هو في حكم الشرع دون الحقيقة ، وكونه بمنزلة ذلك في حكم الشرع منصوص عليه من قبل أهل الشرع فلا مجال لمنعه . ثم قال صاحب العناية : ولعل الأولى أن يقال : للمولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلا اه . ورد عليه الشارح العيني بأنه إن لم يكن له ملك يد فله ملك رقية . أقول : هذا أيضا كلام لغو ، إذ أن يكون له ملك رقية قبل العجز لا يتنافى بتحقق التبدل بالنظر إلى ملك اليد ، وهو كاف في كون ما أدى إلى المكاتب من الصدقات طيبا للمولى كما صرحوا به . والصواب في الرد عليه هاهنا أن يقال : هذا الذي ذكره في المال عين الجواب الذي اختاره جمهور الشراح ، وأورد هو النظر عليه مع ما في ذلك الجواب من المزية وهي الإشارة إلى وجه اعتبارهم بتبدل ملك اليد دون بقاء ملك الرقية بأن ملك الرقية مغلوب في مقابلة ملك اليد ، فكان اعتبار حال الغالب وهي التبدل أولى من اعتبار حال المغلوب وهي البقاء فلا وجه لإيراد النظر على ذلك الجواب ، وذكر هذا من عند نفسه وادعاء أنه أولى من ذلك (قوله لأنه لا خبث في نفس الصدقة ، وإنما الخبث في فعل الآخذ ، إلى قوله : والآخذ لم يوجد من المولى)

للمولى بالإجماع لأن سبب الملك فيه قد تبدل لأن العبد يملكه صدقة والمولى يملكه عوضا عن العتق ، وتبدل السبب كتبدل العين . أصل ذلك حديث بريرة رضى الله عنها فيها أهدت إليه صلى الله عليه وسلم وهي مكتوبة حيث قال صلى الله عليه وسلم « هي لها صدقة ولنا هدية » وهذا بخلاف ما إذا أباغ الفقير ما أخذ من الزكاة لفني أو هاشمي فإنه لا يطيب لهما ، لأن المباح له يتناول على ملك المبيع فلم يتبدل سبب الملك ، ونظيره للمشتري شراء فاسدا إذا أباغ لغيره لا يطيب له ولو ملكه طالب له . وإن كان الثاني فذلك الجواب على الصحيح ، وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر لأنه بالعجز يتبدل الملك ، فإن عنده أن المكاتب إذا عجز ملك المولى أكسابه ملكا مبتدأ ولهذا أوجب نقض الإجارة في المكاتب إذا أجز أمته ظنرا ثم عجز ، وكذا عند أبي يوسف رحمه الله ، وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده فإن للمولى نوع ملك في أكسابه ، وبالعجز يتأكد ذلك الحق ويصير المكاتب فيها مضمي كالعبد المأذون ، ولهذا إذا أجز المكاتب أمته ظنرا ثم عجز لا يوجب فسخ الإجارة لأن الخبث ليس في نفس الصدقة ، وإلا لما فارقتها أصلا ، وإنما الخبث في فعل الآخذ لكونه إذلالا به ، وذلك لا يجوز للفني بلا حاجة ولا للهاشمي لزيادة حرمة ، والآخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذنا من الصدقة

(قال المصنف : ولا يجوز ذلك للفني من غير حاجة ، ولهاشمي لزيادة حرمة) أقول : فعل هذا لو أباغ الفقير لفني أو الهاشمي يلغى أن يطيب لهما عنده ، إذ لا أخذ منهما كما لا يخفى (قوله لأن الخبث ليس في نفس الصدقة) أقول : تعاليل لقوله وكذا عند أبي يوسف .

الصدقة في يده . قال (وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فإنه يدفع أو يفلس) لأن هذا موجب جنابة العبد في الأصل ولم يكن علما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للقضاء إلا أن الكتابة مانعة من الدفع ، فإذا زال عاد الحكم الأصلي (وكذلك إذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز) لما بينا من زوال المانع (وإن قضى به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه) لانتقال الحق من الرقبة إلى قيمته بالقضاء ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد ، وقد رجح أبو يوسف إليه ، وكان يقول أولا يباع فيه وإن عجز قبل القضاء ، وهو قول زفر لأن المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية ، فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جنابة

قال بعض الفضلاء : فعل هذا لو أباح الفقير للفني أو الهاشمي ينبغي أن يطيب لهما عنده إذ لا أخذ منهما كما لا يمتنع . أقول : إن لم يوجد منهما الأخذ من يد المتصدق فقد وجد منهما الأخذ من يد الفقير حيث تناولوا ما كان في يده وملكه فقد تحقق في حقهما هناك سبب الخبث : إذ لافرق في إرث الخبث بين أخذ من واحد وأخذ من آخر إذا وجد الإذلال بالأخذ ، بخلاف المولى فيها نحن فيه فإنه لم يوجد منه الأخذ لامن يد المتصدق وهو ظاهر ، ولا من يد العبد ، فإن أكسابه ملك مولاه عند أبي يوسف ، فبالعجز لا يتبدل الملك فلا يوجد منه الأخذ بل يبقى ملكه في يده على حاله كما يرشد إليه تشبيهه بأبن السبيل إذا وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذا من الصدقة . فإن قلت : لاشك أنه كان للمكاتب ملك اليد قبل العجز بالاتفاق ولهذا كان له منع المولى عن التصرف فيها في يده ، فبالعجز انتقل ذلك منه إلى المولى فوجد من المولى الأخذ من يد العبد بهذا الاعتبار . قلت : ذلك لا يتناول ضروري والأخذ فعل اختياري فلا يعد ذلك أخذا ، ولو سلم أن يعد ذلك أخذا فاللازم فيها نحن فيه عند أبي يوسف أخذ المولى ملك نفسه من يده ، والذي كان سببا للخبث إنما هو أخذ ملك الغير من يده

فإنه يطيب لهما ، وعلى هذا إذا اعتق للمكاتب واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة ، وإنما قيل للصحيح لأن بعض المشايخ قالوا على قول أبي يوسف رحمه الله لا يطيب ، لأن المكاتب عنده لا يملك المولى أكسابه ملكا مبتدأ بل كان له نوع ملك في أكسابه ، وبالعجز يتأكد ذلك كما ذكرنا آنفا . وهاتنا سؤال مشكل وهو أن ملك الرقبة كان للمولى فأتى بتصفق بتبدل الملك ، وأجيب بأن ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا في مقابلة ملك اليد للمكاتب ، فإن للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه وليس للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه . وبالعجز ينعكس ذلك وليس ذلك إلا بتبدل الملك للمولى ، وفيه نظر لأننا لانسلم أن ذلك تبدل ، ولئن كان فلا نسلم أن مثله بمنزلة تبدل العين ، ولعل الأولى أن يقال : المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلا . قال (وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه الخ) إذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للقضاء ويجب عليه قيمته . أما الأول فلم يعلم علمه بالجناية . وأما الثاني فلأن الدفع قد تمتز به وهو الكتابة كما لو باعه وهو لا يعلم بالجناية فإن عجز غير المولى بين الدفع والأداء والقضاء لأن هذا : أي أحد هذين الأمرين موجب جنابة العبد في الأصل ، والموجب الأصلي لا يترك إلا بمانع ، فإن الأصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمور ضرورية والمانع عنه حال الكتابة قائم ، أما عن القضاء فلما مر من عدم العلم ، وأما عن الدفع فلتعلمه بالكتابة ، فأما إذا عجز فقد زال المانع ، وإذا زال المانع عاد الحكم الأصلي ، وكذلك : أي وكما مر من عود الحكم الأصلي إذا جنى للمكاتب ولم يقض به : أي بموجب الجناية حتى عجز لما بينا

(قوله وفيه نظر لأننا لانسلم أن ذلك الخ) أقول : وأنت غير بأن تبدل ملك اليد لا يقبل المنع وكون مثله بمنزلة تبدل العين أيضا كذلك فإن ذلك يجعل حلالا طيبا للمولى لم يحصل منه حلالا بدون هذا التبدل كما في ابن السبيل إذا وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى فبذلك أولى (قوله ولعل الأولى أن يقال الخ) أقول : إن أراد أنه لم يكن له ملك أصلا فهو لا يوافق للمنع ، وإن أراد أنه لم يكن له ملك تام يكون عين الجواب المنظور فيه فليأمل (قوله إذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للقضاء ويجب عليه قيمته) أقول : أي إذا كان قيمته أقل من أرض الجناية ، وإلا فالواجب عليه الأقل من قيمته ومن أرض الجناية . ثم اعلم أن التفسير في قوله عليه راجع إلى المولى . (قوله وكذلك) أي وكما مر من عود الحكم الأصلي) أقول : والأولى أن يجعل الإشارة إلى ما ذكر من المسئلة والتشبيه بقوله الحكم الأصلي .

المدبر وأم الولد . ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده ، بخلاف التدبير والاستيلاء لأنهما لا يقبلان الزوال بحال . قال (وإذا مات المولى المكاتب لم تنسخ الكتابة) كى لا يؤدى إلى إبطال حق المكاتب ، إذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه (وقيل له أد المال إلى وريثة المولى على نجومه) لأنه استحقاق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير ، إلا أن الورثة يخلفونه

وهو يتحقق عند إباحة الفقير للعتي أو الهاشمي فوضع الفرق بين ذلك وبين ما نحن فيه (قوله ولنا أن المانع قابل للزوال لتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا) قال صاحب العناية : فإن قيل : قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه ، لأن مذهب زفر رحمه الله أن جناية المكاتب تصير مالا في الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فما وجه

من زوال المانع وإن قضى به : أى بموجب الجناية عليه : أى على المكاتب في كتابته ثم عجز فهو : أى ما قضى به من موجب دين في ذمته يباع فيه . واعلم أن المكاتب إذا جنى جناية خطأ فإنه يسمى في الأقل من قيمته ومن أرش الجناية . لأن دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو أحق بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له ، والواجب هو الأقل من القيمة ومن أرش الجناية ، ألا ترى أن في جناية المدبر وأم الولد يجب على المولى الأقل من قيمتهما ومن أرش الجناية لأنه أحق بكسبهما ، هكذا ذكره الكرخي رحمه الله وغيره . وإذا علمت هذا ظهر لك أننا قد انتقل بالقضاء من الموجب الأصل وهو دفع الرقية إلى القيمة قبل زوال المانع ، فإذا زال لم يعد الحكم الأصل صيانة للقضاء ، وهذا قول أبي حنيفة وعبد رحمهما الله ، وقد رجح إليه أبو يوسف رحمه الله آخرنا وكان يقول أولا يباع فيه وإن عجز قبل القضاء إلا أن يبقى المولى عنه ، وهو قول زفر رحمه الله لأن المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية ، فالجناية عند ما وقعت انعقدت موجبة القيمة كما في جناية المدبر وأم الولد . وقوله من الرقية إلى القيمة وقوله انعقدت موجبة القيمة يشير إلى أن الواجب هو القيمة لا الأقل منها ومن أرش الجناية ، وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخي والمبسوط ، وعلى هذا يكون تأويل كلامه إذا كانت القيمة أقل من أرش الجناية . ولنا القول بالموجب ، وهو أننا سلمنا أن المانع من الدفع قائم ، ولكن الكلام في أنه قابل للزوال أولا ، ولا شك في قبوله لإمكان انقضاء الكتابة وعدم ثبوت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا . فإن قيل : قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لأن مذهب زفر رحمه الله أن جناية المكاتب تصير مالا في الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فما وجه أخذه في الدليل ؟ قلنا : ظهوره ، فإن التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لإمكان وجود الموجب الأصل فصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض فإنه يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده ، بخلاف التدبير والاستيلاء لأنهما لا يقبلان الزوال بحال فكان الموجب في الابتداء هو القيمة . قال (وإذا مات مولى المكاتب لم تنسخ الكتابة) الكتابة حق المكاتب لأنها سبب حريته وحرية حقه فهي سبب حقه ، وسبب حق المرء حقه لإفضائه إلى حصوله ، فالكتابة حقه ، فإذا مات المولى لا تنسخ كى لا يؤدى موته إلى إبطال حق غيره ، ويقال له أد المال إلى وريثة المولى على نجومه : أى موجبا لأنه استحقاق الحرية على هذا الوجه ، والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة من غير تغيير ، وهذا لأن المولى لما كان صحيحا صح تصرفه بتأجيل الكل كإسقاطه ، بخلاف ما إذا كان مريضا وكاتبه فإن المكاتب يؤدى ثلثي القيمة حالا أو يرد وقيلا لأنه لما كان مريضا لم يصح تصرفه بتأجيل غير الثلث كإسقاطه (قوله إلا أن الورثة يخلفونه) استثناء من قوله ولا يتغير قيل وكأنه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية وقد كان له حتى إسقياء البذل فصار للورثة وهو تغيير فقال قيامهم مقامه في الاستبقاء لاسمي تغييرا في عقد للكتابة لأنها باقية كما كانت ، فكأن أن سائر الديون يخلفونه فيه ولا يسمى ذلك تغييرا فكل ذلك دين الكتابة

(قوله وهو دفع الرقية إلى القيمة الخ) أقول : لا يخالف ما خالفنا إن الموجب الأصل أحد الأمرين ، لأن أحد الأمرين كان دفع الرقية وقد ينتقل منه إلى القيمة ، ثم اعلم أن قوله إلى القيمة متعلق بقوله وقد انتقل .

في الاستيفاء (فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه) لأنه لم يملكه . وهذا لأن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الورثة ، وإن أعتقوه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لأنه يصير إبراء عن بدل الكتابة فإنه حقهم وقد جرى فيه الإرث ، وإذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما إذا أبرأه المولى ، إلا أنه إذا أعتقه أحد الورثة لا يصير إبراء عن نصيبه ، لأننا نجعله إبراء اقتضاء تصحيحا لعتقه ، ولعتق لا يثبت بإبراء البعض أو أدائه في المكاتب لافي بعضه ولا في كله . ولا وجه إلى إبراء الكل لحق بقية الورثة ، والله أعلم .

(كتاب الولاء)

أخذه في الداليل ؟ قلنا ظهوره ، فإن التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لإمكان عود الموجب الأصلي اه كلامه . أقول : فيه بحث ، إذ المانع أن يمنع أن مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال ، وكيف وهذا التردد متحقق فيها إذا عجز بعد القضاء أيضا مع ثبوت الانتقال هناك بالاتفاق فلم لا يجوز أن لا يمنع هاهنا أيضا كما هو منعه زغر وقول أبي يوسف أولا ؟ فن أبن يثبت الظهور ، ولو سلم أن مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال في الحال ازم أن يكون قول المصنف ولم يثبت الانتقال في الحال مستدركا بعد أن قال إن المانع قابل للزوال للتردد ، أو كان حقه أن يقول فلم يثبت الانتقال في الحال بالضرع على ما قبله كما لا يخفى على ذي مسكة . وكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث قال : ولما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال من الموجب الأصلي إلا بالقضاء أو الرضا .

(كتاب الولاء)

أورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب ، لأن الولاء من آثار التكاثر بزوال ملك الرقبة عند أدائه بدل الكتابة ، وهن وإن كان من آثار الإعاق أيضا إلا أن موجبات ترتيب الكتب السابقة ساقط للتكاثر إلى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لتلا يتقدم الأثر على المؤثر ، ثم إن الولاء لغة مشتق من الولي وهو القرب ، وحصول اثنتي بعد

(فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه لأنه لم يملكه . إذ المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بالإرث) ولا عتق فيها لا يملكه ابن آدم (وإن أعتقوه جميعا) عتق امتحسانا . وجه القياس ما ذكرنا من عدم الملك . ووجه الاستحسان أن يصير إعاقهم إبراء عن بدل الكتابة فلهم يملكونه بجرى الإرث فيه (وإذا برئ المكاتب عن) جميع (بدل الكتابة عتق كما إذا أبرأه مولا) فإن قيل : فاجعل إعاق أحد الورثة إبراء عن نصيبه . قلنا : لا يصح ، لأننا نجعله إبراء اقتضاء تصحيحا لعتقه ، والعتق لا يثبت في المكاتب بإبراء البعض البذل أو أدائه لافي بعضه ولا في كله ، لأن عتقه معق يسقط جميع البذل ، ولهذا لو أبرأ المورث عن يرضى البذل لم يعتق منه شيء ، وإذا لم يمكن إثبات مقتضى لا يثبت مقتضى فلا وجه لإبراء البعض ، وكذلك إلى إبراء الكل لحق بقية الورثة . والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ، وإليه المآب .

(كتاب الولاء)

أورد كتاب الولاء عقيب المكاتب لأنه من آثار زوال ملك الرقبة ، وقد ساق موجب ترتيب الأبواب على التهج المقدم إلى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لتلا يتقدم الأثر على المؤثر . والولاء في اللغة عبارة عن النصرة

(كتاب الولاء)

الولاء نوعان : ولأء عتاقه ويسمى ولأء نعمة ، وسببه العتق على ملكه فى الصبح ، حتى لو عتق قريه عليه بالورثة كان الولأء له . وولأء موالأء ، وسببه العقد ولأءا يقال ولأء العتاقه وولأء الموالأء ، والحكم يضاف إلى

الأول من غير فصل ويسمى ولأء العتاقه وولأء الموالأء به لأن حكمهما وهو الإرث يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل . وقيل الولأء والولاية بالفتح النصرة والمهبة ، إلا أنه اخص فى الشرع بولأء العتق وولأء الموالأء . فالولأء شرعا عبارة عن التناصر سواء كان بالإعتاق أو بعقد الموالأء ، ولأءا قال فى المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية . أقول : فيه فتور . أما أولا فلأن الظاهر أن الولى صفة الثانى من المتقاربين كما يفصح عنه قوله وحصول الثانى بعد الأول من غير فصل فهو قريبا نحن فيه صفة حكم ولأء العتاقه وولأء الموالأء لأصفا أنفسهما فكيف نحن تسميتهما بما لا يقوم معنى مأخذ اشتقاقهما بل بما هو خارج عنهما وهو حكمهما . وأما ثانيا فلأن ما ذكر فى المبسوط من أن المطلوب بكل واحد منهما التناصر إنما يدل على كون التناصر غيرهما لأنفسهما ، إذ لا يفتى على القتل أن المطلوب بالثبىء لا يكون نفسه بل يكون أمرا مغايرا له ، إذ لا معنى لكون الثبىء وسيلة إلى نفسه فكيف يتم الاستنباد على كون ولأء العتاقه وولأء الموالأء فى الشرع عبارة عن التناصر بأن قال فى المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر . وقال فى العناية : الولأء فى اللغة عبارة عن النصرة والمهبة ، وهو مشتق من الولى وهو القرب ، وحصول الثانى بعد الأول من غير فصل . وفى عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الإرث والعقل اه . أقول : فيه خلل ، لأن الولأء المشتق من الولى الذى هو القرب لا يكون عبارة عن النصرة والمهبة بل يكون عبارة عن القرابة ، لأن الاشتقاق أن تجد بين القفظين تناسب فى القفظ والمعنى ، ولا تناسب فى المعنى بين الولى الذى معناه القرب وبين الولأء بمعنى النصرة والمهبة ، ولأءا تناسب فى القفظ والمعنى بين الولى بمعنى القرب وبين الولأء بمعنى القرابة . وعن هذا قال فى الكافى والكفاية : هو من الولى بمعنى القرب ، ويقال بينهما ولأء : أى قرابة ، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام « الولأء لحمه كلحمه النسب » أى وصلة كوصلة النسب اه . فالولأء الذى يكون عبارة عن النصرة والمهبة إنما يشتق من الولاية بالفتح بمعنى النصرة ، وعن هذا قال فى النهاية ومعراج الدراية بعد بيان كون الولأء فى اللغة مشتقا من الولى بمعنى القرب : وقيل الولأء والولاية بالفتح النصرة والمهبة إلا أنه اخص فى الشرع بولأء العتاقه وولأء الموالأء اه . وقال فى التبيين : هو من الولى فهو قرابة حكمية حاصلة من العتق أو للموالأء . ثم قال : أو من الموالأء وهى مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمهبة إلا أنه اخص فى الشرع بولأء العتاقه وولأء الموالأء اه . فقد ظهر أن قول صاحب العناية الولأء فى اللغة عبارة عن النصرة والمهبة وهو مشتق من الولى وهو القرب خلط بين المعنيين وإخلال بحق البيان (قوله وسببه العتق على ملكه فى الصبح ، حتى لو عتق قريه عليه بالورثة كان الولأء له) إنما قيد بقوله فى الصبح احتراماً عن قول أكثر أصحابنا فإنهم يقولون سببه الإعتراف ويستدلون بقوله عليه الصلاة والسلام « الولأء لمن أعتق » ولكنه ضعيف ، فإن من ووث قريه فعتق عليه كان ولاؤه له ولا

والمهبة ، وهو مشتق من الولى وهو القرب ، وحصول الثانى بعد الأول من غير فصل ، وفى عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الإرث والعقل . قال (الرأء نوعان) ينبغى الولأء باختلاف السبب إلى نوعين : فالأول (ولأء عتاقه ويسمى ولأء نعمة) اقتضاء بقوله تعالى « وإذ تقول للذى أنعم الله عليه وأنتمت عليه أى بالإعتاق وهو زيد (وسببه العتق على ملكه فى الصبح) وقوله فى الصبح احتراماً عن قول أكثر أصحابنا إن سببه الإعتراف استدلالاً بقوله صلى الله عليه وسلم « الولأء لمن أعتق » ولأءا كان ذلك صحيحا ، لأنه لو عتق على الرجل قريه بالورثة كان الولأء له ولا إعتراف ، فجعل العتق سببا أولى لمعومه . والثانى ولأء موالأء وسببه العقد على ما سذكر (قوله ولأءا يقال ولأء العتاقه وولأء الموالأء) بيان لسبب النوعين فإن كلا منهما يضاف

(قوله استدلالاً بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول : ويجبىء جواب استدلالهم بعد سقوط (قوله فجعل العتق سببا أولى لمعومه) أقول : الأصوب تبليال الأول بالصواب (قوله بيان لسبب النوعين) أقول : أى لسببية سببهما .

سببه ، والمعنى فيها التناصر ، وكانت العرب تناصر بأشياء ، وقرّر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال : «إن مولى القوم منهم وحليفهم منهم» والمراد بالحليف مولى الموالاة لأنهم كانوا يؤكّدون الموالاة بالحلف . قال (وإذا أعنت المولى مملوكه فولّاه له) لقوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لمن أعنت» ،

إعناق هناك . فالصحيح أن سببه العنت على مملوكه ، ألا يرى أنه يقال : ولّاه العتاقة ولا يقال ولّاه الإعناق ، والحكم يضاف إلى سببه . ولما قوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لمن أعنت» فالمراد أن الولاء له بسبب العنت لا بسبب الإعناق ، فإن في الإعناق عتقا بدون العكس ، هذا زبدة ما في جملة الشروح هاهنا . وقال في البدائع : أما سبب ثبوته فالعنت سواء كان العنت حاصلًا يصنعه وهو الإعناق أو ما يجري مجرى الإعناق شرعًا كشره القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية ، أو بغير صنعه بأن ورث قريبه ، وسواء اعتقه تطوعًا أو عن واجب عليه كالإعناق عن كفارة القتل والظهار والإفطار والعين والتذر ، وسواء كان الإعناق بغير يدل أو ببدل وهو الإعناق على مال ، وسواء كان منجزًا أو معلقًا بشرط أو مضاعفًا إلى وقت ، وسواء كان صريحًا أو يجري مجرى الصريح أو كناية أو يجري مجرى الكناية ، وكذا العنت الحاصل بالتدبير والاستيلاء ، والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم «الولاء لمن أعنت» من غير فصل إلى هنا لفظ البدائع . أقول : كون الحديث المذكور أصلًا في حق الصور الزبورية كلها محل نظر : فإن في صورة إن كان العنت حاصلًا بغير صنعه كما إذا ورث قريبه لا يوجد الإعناق فلا تندرج تحت قوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لمن أعنت» فليتأمل في الدفع (قوله والمعنى فيها التناصر) قال صاحب العناية : قوله والمعنى فيها التناصر بيان مفهومهما الشرعي اه . أقول : فيه بحث ، إذ ليس مفهومهما الشرعي مطلق التناصر ، بل تناصر يوجب الإرث والنقل كما صرح به الشارح الزبور وغيره ، وبهذا الخصوص يمتاز مفهومهما الشرعي عن مفهومهما اللغوي كما عرفت ، فلو كان مراد المصنف بقوله المذكور بيان مفهومهما الشرعي لما أطلق التناصر بل خصصه بما هو المختار في مفهومهما الشرعي ، على أنه لو كان مراده بيان مفهومهما لغويًا كان أو شرعيًا لقال ومعناها التناصر دون أن يقول والمعنى فيها التناصر كما لا يخفى على من له درية بأساليب الكلام . والحق أن مراد المصنف بقوله المذكور بيان المقصود منهما لا بيان مفهومهما ، وعن هذا قال صاحب الكافي بدل قول المصنف والمعنى فيها التناصر ، وللمطلوب بكل واحد منهما التناصر كما قال في المبسوط أيضًا كذلك كما مر تدبر ترشد (قوله وإذا أعنت المولى مملوكه فولّاه له لقوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لمن أعنت») قال صاحب العناية : وجه الاستدلال أن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم اه . أقول : لا يلعب عليك أن حل هذا المحل بهذا الوجه ليس بسديد ، إذ لاشك أن المطلوب بهذه المسئلة بيان من له الولاء لا بيان علة الولاء ، والوجه المذكور إنما يفيد الثاني دون الأول فلا يتم التقريب . والصواب أن وجه الاستدلال هاهنا هو أن لا يخلو الجنس في قوله عليه الصلاة والسلام «الولاء» ولا الاختصاص في قوله «الولاء لمن أعنت» تدلان على أن الجنس الولاء لمن أعنت دون غيره كما قالوا في قوله تعالى - الحمد لله - دل بلاي الجنس والاختصاص على اختصاص الجنس المحامد بالله تعالى . ثم قال صاحب العناية :

إلى شيء ، والإضافة تدل على السببية كما عرف في الأصول . وقوله (والمعنى فيها التناصر) بيان مفهومهما الشرعي (قوله وكانت العرب تناصر بأشياء) بيان وجوه التناصر فيها ، فإن العرب كانت تناصر بعضها وبالحلف والمنطقة (و) قد قرّر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال : «إن مولى القوم منهم وحليفهم منهم» والمراد بالحليف مولى الموالاة لأنهم كانوا يؤكّدون الموالاة بالحلف) قال (وإذا أعنت المولى مملوكه الخ) إذا أعنت المولى مملوكه كان الولاء له لقوله صلى الله عليه وسلم «الولاء لمن أعنت» ووجه الاستدلال أن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم . فإن قيل : الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العنت سببًا لأن أعنت مشتق من الإعناق . فالجواب أن الأصل في الاشتقاق هو مصدر

(قوله ووجه الاستدلال أن الحكم إذا ترتب على مشتق) أقول : وأنت غير بأن المراد من قوله: وإذا أعنت الخ ليس بيان علة الولاء حتى يكون وجه الاستدلال ما ذكره (قوله فالجواب أن الأصل الخ) أقول : فيه تأمل .

ولأن التناصر به فيعقله وقد أحياء معنى بلزالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ، ولأن الغنم بالغرم ، وكذا المرأة تعتق لما رويتنا ،

فإن قيل : الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لأن أعنت مشتق من الإعناق . فالجواب أن الأصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق انتهى كلامه . أقول : في جوابه نظر ، لأن كون مصدر الثلاثي أصلا في الاشتقاق لا يستدعي كونه أصلا في العلية لترتب الحكم على المشتق من المزيد عليه كما فيا نحن فيه ، فإن كثيرا من مصادر المزيادات يصلح علة لما لا يصلح له مصادر الثلاثي ؛ ألا يرى أن الإعناق مثلا يكون علة للعتق ، ولا ريب أن العتق لا يكون علة لنفسه إلى غير ذلك من الصور ، ومدار السؤال على العلية فلا يدفعه الجواب المزبور (قوله ولأن التناصر به فيعقله وقد أحياء معنى بلزالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : قوله ولأن التناصر به : أي بسبب الإعناق دليل على الأثرين الثابتين به وهو العقل والميراث . وتقريره المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق ، ومن ينتصر بشخص يعقله لأن الغنم بالغرم فحيث يغنم بنصره يغنم عقله ، والمولى أحياء معنى بلزالة الرق عنه لأن الرقيق هالك حكما ؛ ألا يرى أنه لا يثبت في حقه كثير من الأحكام التي تعلقت بالأحياء نحو القضاء والشهادة والسعي إلى الجمعة والخروج إلى العيدين وأشياء ذلك . وبالإعناق تثبت هذه الأحكام في حقه فكان إحياء معنى . ومن أحياء غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الإرث فكل ذلك الولاء اه كلامه . أقول : في أوائل تقريره الدليل خلل ، لأنه اعتبر النصر في جانب المولى بمعنى المعتق بالفتح ، والانتصار في جانب المولى بمعنى المعتق بالكسر كما لا يخفى على من تأمل في بسط كلامه سببا في قوله فحيث يغنم بنصره يغنم عقله ، والظاهر أن الأمر بالعكس ، إذ المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر حيث ينال شرف الحرية بسبب إعناق ذلك إياه فهو الغنم . وأيضا قد استدلى على أن من ينتصر بشخص يعقله بأن الغنم بالغرم ، ، وليس بصحيح لأنه إن رجع ضمير الفاعل المستتر في يعقله إلى من ينتصر كما هو الظاهر من سوق كلامه لم يصح المدعى في نفسه ومع ذلك لا يطابقه الدليل المذكور . أما عدم صحة المدعى في نفسه فلأن العاقل في الشرع هو الناصر لا المنتصر على ما تقرر في موضعه . وأما عدم مطابقة الدليل المذكور إياه فلأن المدعى حيثن وجوب العقل الذي هو الغنم بالانتصار الذي هو الغنم ، والدليل المذكور إنما يفيد عكس ذلك ، قال دليل المطابق له عكس ما ذكر وهو الغنم بالغنم كما هو نظم الحديث الشريف على ما ذكر في كتب الحديث . وفي هذا الكتاب أيضا في باب التفقة من كتاب الطلاق ، وإن رجع ذلك الضمير إلى شخص في قوله من ينتصر بشخص لم يصح الدليل المذكور أصلا لأن الغنم هو المنتصر بشخص والغنم هو ذلك الشخص الناصر ، فلم يجتمع الغنم والغنم في شخص واحد حتى يصح الاستدلال بأن الغنم بالغرم ، إذ لا شك أن غنم شخص لا يصير سببا لغرم شخص آخر ولا العكس . ثم أقول : الصواب أن مراد المصنف بقوله ولأن التناصر به فيعقله هو أن المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر بسبب إعناقه إياه فيعقله : أي فيعقل المعتق بالكسر المعتق بالفتح بناء على أن مدار العقل أن يكون ناصرا كما تقرر في كتاب المعامل حيث صرحوا فيه بأن وجه ضم المعاملة إلى الخاني في الدية دون غيره هو أن الخاني إنما قصر القوة فيه وتلك بأنصاره وهم المعاملة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا بالضم إليه (قوله ولأن الغنم بالغرم) قال صاحب العناية : قوله ولأن الغنم بالغرم يخدم الوجهين فلماذا أخره اه .

الثلاثي وهو العتق . وقوله (ولأن التناصر به) أي بسبب الإعناق دليل على الأثرين الثابتين به وهما العقل والميراث . وتقريره المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق ، ومن ينتصر بشخص يعقله لأن الغرم بالغنم فحيث يغنم بنصره يغنم عقله ، والمولى أحياء معنى بلزالة الرق عنه ، لأن الرقيق هالك حكما ، ألا يرى أنه لا يثبت في حقه كثير من الأحكام التي تعلقت بالأحياء نحو القضاء والشهادة والسعي إلى الجمعة والخروج إلى العيدين وأشياء ذلك ، وبالإعناق تثبت هذه الأحكام في حقه فكان إحياء معنى ، ومن أحياء غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الإرث ، فكل ذلك الولاء ، ولأنه ثبت أنه يعقله فيرثه لأن الغنم بالغرم ، فقوله (ولأن الغنم بالغرم) يخدم الوجهين فلماذا أخره (قوله وكذا المرأة تعتق) يعني أن ولاد معتقها لها لما رويتنا من قوله صلى الله

ومات معتق لابنة حمزة رضى الله عنهما عنها وعن بنت فجعيل النبي عليه الصلاة والسلام المال بينهما نصفين . ويستوى فيه الإعتاق بمال وبغيره لإطلاق ما ذكرناه . قال (فإن شرط أنه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن أعتق) لأن الشرط مخالف للنص فلا يصح . قال (وإذا أدّى المكاتب عتق وولاه للمولى وإن عتق بعد موت المولى) لأنه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب (وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته) لأن فعل الوصى بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه . وإن مات المولى عتق مدبروه وأمهات أولاده) لما بينا في العتاق (وولاهم له) لأنه أعتقهم بالتدبير والاستيلاء (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) لما بينا في العتاق (وولاه له) لوجود السبب وهو العتق عليه (وإذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة الأمة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها ، وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبداً) لأنه عتق على معتق الأم مقصوداً إذ هو جزء منها يقبل الإعتاق مقصوداً فلا ينتقل ولاؤه عنه عملاً بما روي (وكذلك إذا ولدت ولدا لأقل من ستة أشهر) للتيقن بقيام الحمل وقت الإعتاق (أو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر) لأيهما توأمان يتعلقان معا ، وهذا بخلاف ما إذا والت رجلاً وهي حبل والزوج والى غيره حيث يكون ولاد الولد لمولى الأب لأن الاثنين غير قابل لهذا الولاء مقصوداً ، لأن تمامه بالإيجاب والقبول وهو ليس بمحل له .

أقول : يريد بالوجهين العقل والإرث لكنه منظور فيه . أما أولاً فلما بينا عليه ، فإننا من أن الدليل على أن يعقل المعتق إنما هو كون الغرم بالغرم بالغم لا كون الغرم بالغرم ، والمذكور هاهنا هو الثاني فكيف يخدم الوجه الأول . وأما ثانياً فلأنه جعل قول المصنف فيما قبل ولأن التناسر به فيعقله مبني على كون الغرم بالغرم كما عرفت فكيف ينظم حينئذ داو العطف في قول المصنف ، ولأن الغرم بالغرم بالنظر إلى الوجه الأول والعطف يقتضى المناصرة بين المعطوف والمعطوف عليه . على أنا لو جعلنا قول المصنف ولأن الغرم بالغرم دليلاً على الوجهين معا آل المعنى إلى أنه إنما يعقله لأنه يرثه ، وإنما يرثه لأنه يعقله فأدّى إلى الدور كما لا يخفى . فالصواب عندي أن قول المصنف ولأن الغرم بالغرم دليل على الوجه الثاني فقط وهو الإرث معطوف بحسب المعنى على قوله وقد أحياء معنى يزالة الرق فكانه قال : لأنه أحياء معنى يزالة الرق عنه فيرثه ، ولأن الغرم بالغرم فحيث يفرم عقله يرث ماله ، كما أن قوله فيما ساقى ومات معتق لابنة حمزة رضى الله عنهما الخ معطوف على قوله لما روي (كما صرح به الشارح المزبور وغيره هناك ، ونظائر هذا أكثر من أن تحصى) قوله (وإذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة الأمة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها ، وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبداً) هذا لفظ التلويح . قال المصنف في تعليقه لأنه عتق على معتق الأم مقصوداً فلا ينتقل ولاؤه عنه عملاً بما روي . وقال الشراح : إنما صار الحمل معتقاً مقصوداً لأن المولى قصد إعتاق الأم والقصد إليها بالإعتاق قصد إلى جميع أجزائها والحمل جزء منها فصار معتقاً مقصوداً . أقول : يرى المخالفة بين ماذكروا هاهنا وبين ما ذكره المصنف في كتاب العتاق فإنه قال هناك : وإن أعتق حاملاً عتق حملها بما لها إذ هو متصل

عليه وسلم والولاء لمن أعتق . وقوله (ومات معتق لابنة حمزة رضى الله عنهما) معطوف على قوله لما روي (ما ذكره استدلالاً على ثبوت الولاء للمرأة) روى (أن بنت حمزة رضى الله عنهما أعتقت غلاماً لها ثم مات المعتق وترك ابنته ، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين . ويستوى في ثبوت الولاء الإعتاق بمال وبغيره) والعتق بقرابة أو كتابة عند الأداء أو تدبير أو استيلاء بعد الموت ، وسواء كان العتق حاصل ابتداءً أو بجهة الواجب ككفارة الحين وما أشبهها (لإطلاق ما ذكرناه) يعنى قوله صلى الله عليه وسلم والولاء لمن أعتق . وما ذكره من المعنى المحقول (فإن شرط أنه سائبة) أى يكون حراً ولاولاء بينه وبين معتقه (فالشرط باطل والولاء لمن أعتق ، لأن الشرط مخالف للنص فلا يصح) قال (وإذا أدّى المكاتب) كلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح . وذكر مسألة جرّ الولاء وبين مواضع الجر عن غيره ، والأصل في ذلك أن العتق إذا وقع مقصوداً على

قال (فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولدا فولأوه لموالى الأم) لأنه عتق تبعاً للأم لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الإعتاق حتى يعتق مقصودا (فإن أعتق الأب جرّ ولأه ابنه وانتقل عن موالى الأم إلى موالى الأب) لأن العتق هاهنا في الولد يثبت تبعاً للأم ، بخلاف الأول ، وهذا لأن الولاء بمنزلة النسب قال عليه الصلاة والسلام : والولاء لحمه كلحمه النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ، ثم النسب إلى الآباء فكذلك الولاء والنسبة إلى موالى الأم كانت لعدم أهلية الأب ضرورة ، فإذا صار أهلا عاد الولاء إليه ؛ كولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم ضرورة ، فإذا أكلب الملاعن نفسه ينسب إليه ، بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الأم وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمه الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعا بالشك فأُسند إلى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الإعتاق فعُتق مقصودا (وفي الجامع

بها اه . والظاهر منه أن يصير الحمل معتقا تبعاً للبتة لا مقصودا فليأتمل في التوفيق (قوله فإن أعتق الأب جرّ ولأه ابنه وانتقل عن موالى الأم إلى موالى الأب) قال في الكافي : فإن قيل : الولاء كالنسب والنسب لا يمتثل الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء يجب أن لا يفسخ بعد ثبوته . قلنا : لا يفسخ ، ولكن حدث ولأه أولى منه فقدم عليه كما تقول في الأخ إنه عصبة فإذا حدث من هو أولى منه في الإرث لا يطل تعصبيه ولكن يقدم عليه اه . وذكر في غاية البيان أيضا هذا السؤال والجواب نقلا عن الشيخ أبي نصر . أقول : في الجواب إشكال ، وهو أنه لو لم يفسخ الولاء بل قدم عليه ولأه أولى منه في الإرث لزم أن ترث موالى الأم عند انقطاع موالى الأب بعد انتقال الولاء عن مواليا إلى مواليا كما هو الحال في العصبة الأدنى عند انقطاع العصبة الأولى منه كالأخ عند عدم الابن والأب ، ولم يرو عن أحد أن يرث موالى الأم بالولاء في حال بعد أن انتقل عنهم الولاء بالجرّ (قوله بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق الخ) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية : قول المصنف هذا الخ يتعلق بقوله فإذا صار أهلا عاد الولاء إليه ؛ يعني إذا ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ثم أعتق الأب يجرّ ولأه ابنه من موالى الأم إلى موالى نفسه ، بخلاف ما إذا ولدت الأمة المعتدة عن موت أو طلاق حيث لا يجرّ ولأه ابنه إلى موالى نفسه ، وإن كانت الولادة بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر بل يكون ولأه الولد لموالى أمه ،

الولد لا ينتقل ولأوه أبدا ، وإن وقع تبعاً لأمه ثم أعتق الأب جرّ ولأه ابنه إلى مواليا ، وعلى هذا إذا أعتق الرجل أمة وولدها عتقا وولاهما له ، فإن أعتق الأب بعد ذلك لا يجرّ ولأه لأنه لما كان منفصلا عن الأم كان مملوكا لمالك الأم والعتق تناوله مقصودا فلا يتبع أحدا ، وإذا أعتقت الأم وهي حامل أو أعتقت وولدت بعد العتق لأقل من ستة أشهر أو ولدت أحد التوأمين لأقل من ستة أشهر يوم ثم أعتق الأب رجل آخر فكذلك لا ينتقل الولاء إلى موالى الأب لأن المولى قصد إعتاق الأم ، والقصد إليها بالإعتاق قصد إلى جميع أجزائها والحمل جزء منها ، فإن كان الحمل ظاهرا وقت الإعتاق فواضح ، وإن ولدت لأقل من ستة أشهر حصل اليقين بقيامه فيه ، وكذا إذا ولدت أحد التوأمين لهما يتعلقان بها . فإن قيل : الحمل إذا والت رجلا والزوج وإلى غيره كان ولأه الولد لموالى الأب فما الفرق ؟ أجيب بأن التوأمين لهما يتعلقان مقصودا ، لأن تمامه بالإيجاب والقبول وهو ليس بمحل له ، وإذا أعتقها ثم ولدت لأكثر من ستة أشهر فولأوه لموالى الأم لأنها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام الحمل وقت الإعتاق حتى يعتق مقصودا فيعتق تبعاً للأم لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ، فإن أعتق الأب جرّ ولأه ابنه إلى مواليا لأن الولاء بمنزلة النسب . قال صلي الله عليه وسلم : الولاء لحمه كلحمه النسب . الحديث . ثم النسب إلى الآباء فكذلك

(قوله وإذا أعتقت الأم وهي حامل) أقول : أي ظاهرة الحمل كما يشير إليه قوله : فإن كان الحمل ظاهرا وقت الإعتاق (قوله ولأه) لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام الحمل وقت الإعتاق) أقول : لا يثنى عليك ما في هذا التحليل من عدم المطابقة للمحمل ، فالظاهر أن يقول :

الصغير : وإذا تزوجت معتقة بعد فولدت أولادا فعنى الأولاد فعقلهم على موالى الأم) لأنهم عتقوا تبعاً لأهمهم ولا عاقلة لأبيهم ولا مولى ، فألحقوا بموالى الأم ضرورة كما في ولد للملاعة على ما ذكرنا (فإن أعتق الأب جراً ولا الأولاد إلى نفسه) لما بينا (ولا يرجعون على عاقلة الأب بما عقلوا) لأنهم حين عقلوه كان الولاء ثابتاً لهم ، وإنما يثبت للأب مقصوداً لأن سببه مقصود وهو العتق ، بخلاف ولد للملاعة إذا عقل عنه قوم الأم ثم أكلب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه ، لأن النسب هنالك يثبت مستنداً إلى وقت العلوق وكانوا مجبورين على

وإن أعتق الأب لتعلم إضافة العلوق إلى ما بعد الموت لاستحالة من الميت وإلى ما بعد الطلاق . أما إذا كان بائناً فله حرمة الوطء بعده . وأما إذا كان رجعياً فلنلا يصير مرجعاً بالشك فأستد إلى حالة النكاح فكان الحمل موجوداً عند إعتاق الأم فعنى مقصوداً فلا ينتقل انتهى . وأدعى صاحب العناية أيضاً هذا المعنى ولكن بطريق النقض ، والجواب حيث قال : ونقض قوله فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه بما إذا أعتقت المعتقة من موت بأن كانت الأمة امرأة مكاتب فات عن وفاء أو أعتقت المعتقة من طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الأم لم ينتقل عنهم وإن أعتق الأب . والجواب أن العود إليه يعود الأهلية ، ولم يثبت بهذا العتق للأب أهلية لتعلم إضافة العلوق إلى ما بعد الموت وهو ظاهر ، وإلى ما بعد الطلاق البائن لحمة الوطء ، وكذلك بعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مرجعاً بالشك ، لأنها إذا جاءت به لأقل من سنتين احتمل أن يكون موجوداً عند الطلاق فلاحاجة إلى إثبات الرجعة لثبوت النسب ، واحتمل أن لا يكون فيحتاج إلى إثباتها لثبوت النسب ، وإذا تعلم إضافة إلى ما بعد ذلك أسند إلى حالة النكاح فكان الولد موجوداً عند الإعتاق فعنى مقصوداً ، ومن عنى مقصوداً لا ينتقل ولأوله كما تقدم انتهى كلامه . أقول : مدار كلامهم على أن يكون قول المصنف بخلاف ما إذا أعتقت المعتقة من موت أو طلاق الخ بمطلقاً بقوله فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه ، لكنه جعل بحث ، فإن العود إنما يتصور فيها إذا ثبت الولاء أولاً لموالى الأم ثم انتقل إلى موالى الأب بصيرورته أهلاً ، وهذا إنما يتحقق فيما إذا تقدم عتق الأم على عتق الأب ، ولا يخفى أن عتق الأب مقدم على عتق الأم في صورة إن عتقت المعتقة من موت ، إذ لا مجال لإحداث العتق في الميت فلا يتصور في هاتيك الصورة العود أصلاً فلا يتم بها النقض رأساً على قوله فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه فلا يحتاج إلى دفعه بقوله بخلاف ما إذا أعتقت المعتقة من موت ، وبالحكمة لا مساس لتلك الصورة أصلاً بمسئلة انتقال الولاء بالحرر بخلاف الصورة الثانية وهي ما إذا أعتقت المعتقة من طلاق فإنه يجوز هناك أن يقع عتق الأب بعد عتق الأم فتصير مظنة النقض بها على مسئلة جبر الولاء فيحسن تدارك دفعه . فإن قلت : قد تدارك صاحب العناية ربط الصورة الأولى أيضاً بما نحن فيه حيث قال في تصويرها : بأن كانت الأمة امرأة مكاتب فات عن وفاء فأدى إلى تأخر عتق الأب عن عتق الأم . قلت : لا يتيسر التأخر فيما قاله أيضاً ، إذ قد مر في كتاب المكاتب أن في المكاتب التي مات عن وفاء قولين عن أصحابنا أحدهما مذهب الجمهور وهو أنه يعتق في آخر

الولاء ، والنسبة إلى موالى الأم كانت ضرورة عدم أهلية الأب لرقه ، فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه ، كما أن ولد للملاعة ينتسب إلى قوم الأم ضرورة ، فإذا أكلب الملاعن نفسه عاد انتساب الولاء إليه . ونقض قوله فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه بما إذا أعتقت المعتقة من موت بأن كانت الأمة امرأة مكاتب فات عن وفاء أو أعتقت المعتقة من طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الأم لم ينتقل عنهم وإن أعتق الأب . والجواب أن العود إليه يعود الأهلية ، ولم يثبت بهذا العتق للأب أهلية لتعلم إضافة العلوق إلى ما بعد الموت ، وهو ظاهر ، وإلى ما بعد الطلاق البائن لحمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مرجعاً بالشك ، لأنها إذا جاءت به لأقل من سنتين احتمل أن يكون موجوداً

لأولاده لموالى الأم تبعاً حتى تحصل المطابقة (قوله ونقض قوله فإذا صار الخ) أقول : الظاهر أن النقض على قوله إذا لم يثبت لقيام الحمل وقت الإعتاق يعتق الحمل تبعاً ويحرم الأب ولأوله ، فإنه إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر لا يثبت بها فأجاب بمنع عدم التيقن فالحمل .

ذلك فيرجعون . قال (ومن تزوج من العجم بمعقة من العرب فولدت له أولادا فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد رحمه الله . وقال أبو يوسف : حكمه حكم أبيه ، لأن النسب إلى الأب كما إذا كان الأب عربيا ، بخلاف ما إذا كان الأب عبدا لأنه هالك معنى .

جزء من أجزاء حياته ، فعلى هذا يتعين تقدم عتي الأب على عتي الأم فيما صورّه أيضا . وثانيهما مذهب البعض وهو أنه يعتق بعد الموت وذلك بأن ينزل حيا تقديرا في حق الأداء كما ينزل الميت حيا في حق التجهيز والتكفين ، فعلى هذا أن اللازم في صورّه أيضا اعتبار عتقه بعد موته لاعتبار عتقه بعد عتي امرأته الممتدة عن موته حتى يتأخر عتقها عن عتقها ، اللهم إلا أن يفرض تحقق الأداء عما تركه المكاتب وفاء بعد ما أعتقت امرأته ويعتبر عتقه حين تحقق الأداء بعد الموت على مذهب البعض فتمل (قوله بخلاف ما إذا كان الأب عبدا لأنه هالك معنى) لأنه لا عكس شيئا ، ولأن الرق أثر الكفر والكفر موت حكى ، قال الله تعالى : أر من كان ميتا فأحييناه - أي كافرًا فهديناه - فصار هذا الولد كأنه لا أب له فينسب إلى موالى الأم ضرورة ، كلما في الشروح . أقول : هاهنا شيء وهو أنه إن كان المراد بكون العبد هالكا معنى أنه في حكم الميت كما هو الظاهر من قولهم لأن الرق من أثر الكفر ، والكفر موت حكى يرد عليه أن مجرد موت الأب لا يمنع ثبوت الولاء لمواليه ، بل إنما يظهر أثر الولاء لهم بعد موته ، إذ عند حياته هو مقدم عليهم . وإن كان المراد بذلك أنه في حكم مجهول الأبوة وأن ولده في حكم مجهول النسب كما هو المتبادر من قولهم فصار هذا الولد كأنه لا أب له يتجه عليه أنه يلزم حينئذ أن لا يرث من هذا الولد من ينسب إليه بآبائه العبد من الإقارب الأحرار كالإجداد والجذات على تقدير أن يبقى أبوه ذلك عبدا لكونه في حكم مجهول النسب على الفرض المزبور ، والظاهر أن الأمر ليس كذلك إذ قد تقرّر في كتب الفرائض أن الميراث كالكافر والقاتل والرقائق لا يحجب من هو أبه ميت عند أمتنا جميعا ، بل يرث الأبعد عند حرمان الأقرب ، فالأولى هاهنا أن يقال بخلاف ما إذا كان الأب عبدا

عند الطلاق فلا حاجة إلى إثبات الرجعة لثبوت النسب ، واحتمل أن لا يكون فيحتاج إلى إثباته ليثبت النسب ، وإذا تعلد إضافته إلى ما بعد ذلك أسند إلى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الإعتاق فعنت مقصودا . ومن عتي مقصودا لا ينقل ولادته كما تقدم ، ويتبين من هذا أنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بطريق الأولى المتين بوجود الولد عند الموت والطلاق . وأما إذا جاءت به لأكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعى ، ففي البائن مثل ما كان ، وأما في الرجعى فولاء الولد لموالى الأب ليتقنا بمراجعتة . وذكر لفظ الجامع الصغير لاشتراكه على بيان العقل وبين الفرق بينه وبين ولد الملاعة وكلامه فيه واضح . قال (ومن تزوج من العجم بمعقة من العرب الخ) تزوج مسلم من العجم لم يعتقه أحد معتقة العرب فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وأموالهم لم لا لنوى أرحامه ، حتى لو ترك هذا الولد عمة أو خالة لم يكن لهما شيء في وجود عتي الأم وعصبته . وعند أبي يوسف رحمه الله حكمه حكم أبيه فلا يكون عليه ولادته عتاقه وإنما يرث ماله بين ذوى أرحامه ، كما إذا كان الأب عربيا والأم معتقة فإنه لا يكون ولادته لموالى أمه لأن النسب إلى الآباء . فإن قيل : لما كان النسب إلى الآباء وجب أن يستوى الأب الحر والعبد وليس كذلك . أجاب بأن العبد هالك معنى لأنه لا يملك شيئا ولأنه أثر الكفر والكفر موت حكى ، قال الله تعالى : أو من كان ميتا فأحييناه - فصار حال هذا الولد في الحكم حال من لا أب له فينسب إلى موالى الأم ، وهذا المعنى معلوم إذا كان الأب حرا لأن الحرية حياة باعتبار صفة المالكية ، والعرب والعجم فيه سواء . ووجه قولهما ما ذكره في الكتاب . ومعنى قوله حتى اعتبرت الكفاءة فيه أن الناس يتفاضلون بالعنقة ويعتبرونها في الكفاءة ، فن له أب واحد في الحرية لا يكون كفوًا لمن له أبوان فيها ، والنسب ليس كذلك فلان العجم قبل الإسلام لم يعتبروا ذلك وكان تفاخرهم بعمارة الدنيا حتى جعلوا من له أب واحد في الإمارة كفوًا لمن له أبوان في ذلك .

(قوله لا لنوى أرحامه) أقول : الظاهر أن يقال أرحامهم (قوله ولأنه أثر الكفر) أقول : يعنى الرق (قوله حتى اعتبرت ، إلى قوله : والنسب ليس كذلك) أقول : فيه بحث .

ولهما أن ولاء العتاقة قوى معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفارة فيه ، والنسب في حق العجم ضعيف فإنهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفارة فيما بينهم بالنسب ، والقوى لا يعارضه الضعيف ، بخلاف ما إذا كان الأب عربيا لأن أنساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفارة والعقل ، كما أن تناصروهم بها فأغنت عن الولاء . قال رضي الله عنه : الخلاف في مطلق المحقة والوضع في محقة العرب وقع اتفاقا (وفي الجامع الصغير : ينطلي كافر تزوج بمحقة كافرة ثم أسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت أولادا . قال أبو حنيفة ومحمد : مواليهم موالي أمهم ، وقال أبو يوسف : مواليهم موالي أبيهم) لأن الولاء وإن كان أضعف فهو من جانب الأب فصار كالمولود بين واحد من الموالى وبين العربية . ولهما أن ولاء الموالاة أضعف حتى يقبل التسخ ، وولاء العتاقة لا يقبله ، والضعيف لا يظهر في مقابلة القوى ، وإن كان الأبوان معتقدين فالنسبة إلى قوم الأب لأنهما استويا ، والرجح لجانبه لشبهه بالنسب أو لأن النصرة به أكثر : قال (ولاء العتاقة تعصيب وهو أحق بالميراث من العمة والخالة) لقوله عليه الصلاة والسلام للذي اشترى عبدا فأعتقه « هو أخوك ومولاك ، إن شكرك فهو خير له وشر لك ، وإن كفرك فهو خير لك وشر له ، ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصيته »

لأنه لا أهلية له لرقه كما مر ، فإما تحصل الأهلية له بزوال رقه لا يثبت الولاء له ولا لمواليه سواء كان حيا أو ميتا تدبر (قوله ولهما أن ولاء العتاقة قوى معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفارة فيه والنسب في حق العجم ضعيف ، فإنهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفارة فيما بينهم بالنسب ، والقوى لا يعارضه الضعيف) أقول : لقائل أن يقول : ظاهر هذا التعليل يقتضى أن يكون موالي الأم في هذه الصورة مقدمين في الإرث على العصبات النسبية لأولادها ، بل على أصحاب الفرائض لهم ، إذ لا شك أن استحقاق كل من العصبات النسبية وأصحاب الفرائض بالقرابة النسبية ، وإذا كان النسب في حق العجم ضعيفا لا يصلح

قال المصنف رحمه الله (الخلاف في مطلق المحقة) وإنما قال ذلك لأن محمدا رحمه الله ذكر المحقة مطلقا ، حتى لو تزوج بمحقة غير العربي كان كذلك ، فكان وضع القندوزي في محقة العرب اتفاقا ، وذكر لفظ الجامع الصغير لبيان أن محمدا رحمه الله ذكر المحقة مطلقا ولا يشياله على ولاء الموالاة ، وذلك واضح في الكتاب (قوله كالمولود بين واحد من الموالى) يعني العجم ، فإن العجمي إذا تزوج بعربية فولدت أولادا فإنها تنسب إلى قوم أبيهم ، فكذا إذا كانت محقة لأن النسبة إلى الأم ضعيفة ، وقوله (وإن كان الأبوان) أى الولدان (معتقدين) راجع إلى أول الخلاف : يعني إن كانت الأم محقة والأب والى رجلا ففيه الخلاف . وأما إذا كان الولدان معتقدين (فقد أجمعوا أن) النسب (إلى قوم الأب لاستوائهما والرجح لجانبه لشبهه بالنسب) قال صلى الله عليه وسلم « الولاء لحمه كلمته النسب » وفي حقيقة النسب يضاف الولد إلى الأب في الشرف والذم ، وكذلك في الولاء ، ولأن النصرة به : أى بالأب أكثر . قال (وولاء العتاقة تعصيب) التعصيب هو جعل الإنسان عصبة ، ومنه قولم الذكر يعصب الأثني (وهو) أى مولى العتاقة (أحق بالميراث من العمة والخالة لقوله صلى الله عليه وسلم للذي اشترى عبدا فأعتقه « هو أخوك ومولاك ، إن شكرك فهو خير له وشر لك ، وإن كفرك فهو خير لك وشر له ، ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصيته ») قوله هو أخوك : يعني في الدين ، وقوله إن شكرك : يعني إن شكرك بالمجازاة على صنيعة فهو خير له لأنه انتدب إلى ما ندب إليه ، وشر لك لأنه أوصل إليك بعض الثواب في الدنيا فتفتقص بقلده من ثواب الآخرة ، وإن كفرك فهو خير لك لأنه يبيى لك ثواب العمل كله في الآخرة ، وشر له لأنه كفر النعمة . وقوله كنت أنت عصيته يدل على

(قوله وإنما قال ذلك) أقول : يعني وإنما قال المصنف ذلك (قوله التعصيب هو جعل الإنسان صبة الخ) أقول : والظاهر أن المصدر هنا بمعنى التناول .

« وورث ابنة حزة رضى الله عنهما على سبيل العصبية مع قيام وارث » وإذا كان عصبية تقدم على ذوى الأرحام وهو المروى عن علي رضى الله عنه (فإن كان للمعتق عصبية من النسب فهو أولى من المعتق ، لأن المعتق آخر العصبيات ، وهذا لأن قوله عليه الصلاة والسلام « ولم يترك وارثا » قالوا : المراد منه وارث هو عصبية بدليل الحديث الثاني فتأخر عن العصبية دون ذوى الأرحام . قال (فإن كان للمعتق عصبية من النسب فهو أولى) لما ذكرنا (وإن لم يكن له عصبية من النسب فيراثه للمعتق) تأويله إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال ، أما إذا كان غله الباقي بعد فرضه لأنه عصبية على ما روينا ، وهذا لأن العصبية من يكون للتناصر به لبيت النسبة وبالموالى الانتصار على ما مر والعصبية تأخذ ما بقى (فإن مات المولى ثم مات المعتق فيراثه لبيتى المولى دون بناته ، وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتقن من أعتقن أو كاتبين أو كاتب من كاتبين بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم وفي آخره « أو جرّ ولاء معتصن » وصورة الجرّ قلمتها ، ولأن ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها فينسب بالولاء إليها وينسب إليها من ينسب إلى مولاه ، بخلاف النسب لأن سبب النسبة فيه

أن يعارض ولاء العتاقة قد يرى أن لا يعارض أحد من العجم في الإرث بجهة نسبه سواء كانت تلك الجهة جهة العصبية أو جهة الفرض موالى العتاقة لقوة ولاء العتاقة وضعف النسب في حق العجم ، مع أن المسئلة في الإرث ليست كذلك ، إذ قد تقرر

أن المراد ولم يترك عصبية حيث لم يقل كنت وارثه (وورث النبي صلى الله عليه وسلم ابنة حزة رضى الله عنهما على سبيل العصبية مع قيام وارث) هي بنت الميت ، وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى بنت الميت النصف والباقي لبنت حزة ، والعصبية هو الذى يأخذ ما أبته الفرائض (وإذا كان عصبية تقدم على ذوى الأرحام وهو المروى عن علي رضى الله عنه ، فإن كان للمعتق عصبية من النسب فهو أولى) لأن المعتق آخر العصبيات على ما قالوا لأن المراد بقوله ولم يترك عصبية وارث عصبية استدلالا بإشارة الحديث كما قلنا في بيان قوله كنت أنت عصبته ، وبالحديث الثاني : أى يحدث بنت حزة فتأخر عن العصبية دون ذوى الأرحام (وإن لم يكن له) أى للمعتق (عصبية من النسب فيراثه للمعتق ، تأويله) أى تأويل قول القدرورى (إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال ، أما إذا كان غله الباقي بعد فرضه) وذكروا لهذه الجملة تأويلين : أحدهما أن معنى قوله فرض ذو حال سوى حال الفرض كالآب والجد فإنهما حالا سوى حال الفرض وهى العصبية ، أما إذا كان غله : أى فمثل هذا الوارث الباقي بالعصبية وليس للمعتق شيء . والثاني أن معناه ذو حال واحد كالبيت ، أما إذا كان مثل ذلك فلمعتق الباقي بعد فرضي ذلك الوارث . قال صاحب النهاية : والثاني أوجه لأنه علل قوله غله الباقي بعد فرضه بقوله (لأنه عصبية على ما روينا) وهو إشارة إلى قوله ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته وهو واضح . وقوله (وهذا) إشارة إلى قوله لأنه عصبية : أى إما كان عصبية (لأن العصبية من يكون للتناصر به لبيت النسبة) أى القليلة ، وتقريره العصبية من يكون انتصار القبيلة به ، وبالمولى يكون الانتصار على ما مر في أول كتاب الولاء . وهو قوله وكانت العرب تتناصر بأشياء ، وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصهم بالولاء بنوعيه ، وقوله (والعصبية تأخذ ما بقى) تمام الدليل ، وتقريره غله الباقي لأنه عصبية والعصبية تأخذ الباقي (فإن مات المولى ثم مات المعتق فيراثه لبيتى المولى دون بناته) لما ذكره في الكتاب ، وقوله (قلمتها) إشارة إلى قوله فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر . إلى أن قال : جرّ الآب ولاء ابنه ، وقد ذكر جرّ المعتق ومعتق المعتق في النهاية ناقلان من الأخيرة فليطلب ثمة (قوله ولأن ثبوت المالكية الخ) دليل معقول على ثبوت الولاء بمن أعتق أو أعتق من أعتق . وتقريره ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهة المقتة وهو ظاهر ، وكل من ثبت من جهة شيء ينسب إليه لأنه عليه إذ ذلك ثبوت المالكية ينسب إليها بالولاء وينسب إليها من ينسب إلى مولاه ، لأن معتق المعتق ينسب إلى معتقه بالولاء ، (قوله وكل من ثبت من جهة شيء ينسب إليه لأنه عليه) أقول : المستر في قوله ينسب راجع إلى قوله شيء ، والضمير في قوله إليه

الفراش ، وصاحب الفراش إنما هو الزوج ، والمرأة مملوكة لأمالكة ، وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بنى المولى بل هو لعصبته الأقرب فالأقرب ، لأن الولاء لا يورث ويخلفه فيه من تكون النصرة به ، حتى لو ترك المولى أبا وابنا فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد لأنه أقربهما عصوبة، وكذلك الولاء للجدّ دون الأخ عند أبي حنيفة لأنه أقرب في العصوبة عنده . وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون أخيها لما ذكرنا، إلا أن عقل جنابة المعتق على أخيها لأنه من قوم أبيها وجنابته كجنابيتها (ولو ترك المولى ابنا وأولاد ابن آخر) معناه بنى ابن آخر (فيراث المعتق للابن دون بنى الابن لأن الولاء للكبير) هو المروى عن عدة من الصحابة رضى الله عنهم منهم عمر وعليّ وابن مسعود وغيرهم رضى الله عنهم أجمعين ، ومعناه القرب على ما قالوا ، والصلبي أقرب .

في كتب الفرائض وسيجيء في نفس هذا الكتاب أيضا أنموذ إلى المناقطة مطلقا مؤخرون في الإرث عن أصحاب الفرائض وعن العصباء النسبية ، وإنما يقدمون على ذوى الأرحام فليأمل في التوجيه .

وفي ذلك لافرق بين الرجل والمرأة ، بخلاف النسب فإنه لا يثبت إلا من الآباء ، لأن سبب النسبة فيه الفراش ، والفراش إنما هو الزوج لأنه المالكة والمرأة مملوكة ، وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بنى المولى بل هو لعصبته الأقرب فالأقرب ، لأن الولاء لا يورث حتى يكون لأصحاب الفروض منه نصيب ، وإنما الولاء باعتبار النصرة فيخلفه فيه من تكون به النصرة ، والنصرة بالذكور دون الإناث ، حتى لو ترك المولى أبا وابنا فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وصورته : امرأة أعقت عبدا ثم ماتت عن ابن وأب ثم مات العبد فيراثه للابن خاصة عندهما ، وهو قول أبي يوسف أولا ، ثم راجع فقال : لأبيها السدس والباقي للابن ، لأن الأبوة تستحق بها كالبثوة ، لأن الولاء يستحق بالعصوبة والأب عصبة عند علمه الابن ، ووجود الابن لا يوجب حرمان الأب ولهذا لم يصرحوا عند ميراثها فكذا عن ميراث منتهى . ولها أن أقرب العصباء يقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق والابن هو العصبة دون الأب . واستحقاق الأب السدس منها بالفرضة دون العصوبة وكذا لو ترك جدّ مولاة أبا أبيه وأخاه لأب وأم أولاب كان ميراثه للجدّ عند أبي حنيفة رضى الله عنه لأنه لا يورث الإخوة والأخوات ، فالجدّ عنده أقرب في العصوبة . ولو أن امرأة أعقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنا وأخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالعيراث لانهادون أخيها لما ذكرنا أن الابن أقرب في العصوبة إلا أن عقل جنابة المعتق على أخيها لأنه من قوم أبيها وجنابته كجنابيتها على قوم أبيها فكل ذلك جنابة معتقها وابنها ليس من قوم أبيها . ولو ترك المولى ابنا وبنى ابن آخر فيراث المعتق للابن دون بنى الابن ، لأن الولاء للكبير هو المروى عن عدة من الصحابة عمر وعليّ وابن مسعود وغيرهم رضى الله عنهم ومعنى الكبير القرب في العصوبة لا في السن على ما قالوا ، ألا ترى أن المعتق إذا مات وترك ابنا صغيرا وكبيرا ثم مات المعتق فالولاء بينهما نصفين لاستوائهما في القرب إلى الميت من حيث النسب والصلبي أقرب فيستحق الجميع .

وفي قوله لأنه راجحان إلى من والضمير في قوله عليه راجع إلى قوله شيء (قوله وصورته امرأة أعقت عبدا) أقول : وكذا الجواب في رجل أعتق عبدا ثم مات (قوله والابن هو العصبة دون الأب) أقول : فضلا عن أن يكون أقرب العصباء (قوله لأنه لا يورث الإخوة والأخوات) أقول : يعني مع الجد (قوله ولو أن امرأة أعقت لث) أقول : أو رجلا أعتق عبدا (قوله لأنه من قوم أبيها) أقول : ضمير لأنه راجع إلى المعتق على صفة القول .

(فصل في ولاء الموالاة)

قال (وإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه ، فإن مات ولا وارث له غيره فيرثه للمولى) وقال الشافعي رحمه الله : الموالاة ليس بشيء لأن فيه إبطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وإن لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وإنما يصح في الثلث . ولنا قوله تعالى ، والذين عقدت أيمانكم فآؤهم نصيبهم ، والآية في الموالاة . وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال : هو أحق الناس به بحياه ومماته ، وهذا يشير إلى العقل والإرث في الحالتين هاتين ، ولأن ماله حقه فيصرفه إلى

(فصل في ولاء الموالاة)

آخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لأن ولاء العتاقة قوى لأنه غير قابل للتحويل والانتقال في جميع الأحوال ، بخلاف ولاء الموالاة فإن للمولى أن ينتقل قبل العقل ، ولأنه يوجد في ولاء العتاقة الإحياء الحكيم ولا يوجد في ولاء الموالاة إحياء أصلاً ، ولأن ولاء العتاقة متفق عليه في أنه سبب للإرث وأنه مقدم على ذوى الأرحام ، بخلاف ولاء الموالاة فإن الشعبي لم يقل بولاء الموالاة وقال : لا ولاء إلا ولاء العتاقة ، وبه أخذ الشافعي ومالك وأحمد ، ثم إن معنى مطلق الولاء لغة وشرعية قد تقدم في صدر كتاب الولاء . وتفسير هذا الولاء على ما ذكر في النخبة وغيره هو أن يسلم رجل على يد رجل فيقول للذي أسلم على يده أو لغيره واليتك على أني إن مت فيرثك ، وإن جئت فعقل عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه ، قال في النهاية والنهاية : وله ثلاث شرائط : إحداها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب إلى غيره ، وأما نسبة غيره إليه فغير مانع . والثانية أن لا يكون

(فصل في ولاء الموالاة)

آخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لأن ولاء العتاقة لكونه غير قابل للتحويل كان أقوى ، بخلاف ولاء الموالاة فإن للمولى فيه أن ينتقل قبل العقل ، ومعنى الولاء قد تقدم لغة واصطلاحاً . وصورة هذا الولاء أن يتقدم رجل ويسلم على يدي رجل ويقول له أو لغيره واليتك على أني إن مت فيرثك ، وإذا جئت فعقل عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه . وله ثلاث شرائط : إحداها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب إلى غيره ، وأما نسبة غيره إليه فغير مانع . والثانية أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع أحد وقد عقل عنه . والثالثة أن لا يكون عربياً . فإن قيل : من شرط العقد عقل الأعلى وحريته فإن الموالاة الصبي والبلد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثاً ؟ أجيب بأن المذكورة إنما هي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحدة من الصور . وأما ما ذكرت فإنما هو تاذر فلم يذكره ، وأما حكمه فهو وجوب العقل على عاقلة الأعلى إذا جنى الأسفل ، واستحقاق ميراثه

(فصل في ولاء الموالاة)

(قوله وله ثلاث شرائط إحداها الخ) أقول : صرحوا بأن اللابن أن يمتد الموالاة أو يتحول بموالاته إلى غير مول الأب إذا لم يعقل للمول عن أبيه هذا الشرط لا يوافقه (قوله والثالثة أن لا يكون عربياً) أقول : فيه بحث ، فإن الشرط الأول يثنى من هذا (قوله فإن قيل : من شرط العقد عقل الأعلى وحريته) أقول : فيه بحث ، فإن العقل والحرية أيضاً يحتاج إليهما في كل واحد من الصور أو إذن الولي للمول (قوله فإن موالاة الصبي والبلد باطلة) أقول : أما الصبي فثلاثة ليس من أهل التصرة ولهذا لا يدخل في العتاقة . وأما البلد فهو أيضاً لا يملك التزام التصرة إلا بإذن مولاه (قوله فإن موالاة الصبي الخ) أقول : قال الحاكم في الكافي : وموالاة الصبي باطلة ، وكذا إن وال رجل عبداً إلا أن يكون ذلك بإذن المولى فيكون مول له ، أو يوال الصبي بإذن الأب أو الوصي فيكون مول للصبي له (قوله أجيب بأن المذكورة إنما هي الشرائط العامة الخ) أقول : فيه بحث .

حيث شاء . والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق لأنه مستحق . قال (وإن كان له وارث فهو أولى منه ، وإن كانت عمة أو خالة أو غيرها من ذوى الأرحام) لأن الموالاة عقدها فلا يلزم غيرها ، وذو الرحم وارث ، ولا بد من شرط الإرث والعقل كما ذكر في الكتاب لأنه بالانضمام وهو بالشرط . ومن شرطه أن لا يكون المولى من العرب لأن تناصروهم بالقبائل فأغنى عن الموالاة . قال (والمولى أن ينتقل عنه بولائه إلى غيره

له ولا عتاقة ولا ولاء موالاة مع أحد وقد عقل عنه . والثالثة أن لا يكون عربيا انتهى . أقول : فيه كلام . أما أولا فلأن الشريعة الأولى تنهى عن الشريعة الثالثة ، إذ لاجتهال في نسب العرب فيظهر باشرط كون المولى مجهول النسب اشترط أن لا يكون عربيا ، إلا أن يكون ذكر الثالثة مستقلا من قبيل التصريح بما علم التزاما . وأما ثانيا فلأنه إن أريد حصر شرائط الولاء في هذه الثلاث كما هو المتبادر من ذكر العدد في أمثال هذا المقام فليس بصحيح ، إذ من شرائطه أيضا شرط الإرث والعقل كما صرح به المصنف فيما بهد حيث قال : ولا بد من شرط الإرث والعقل كما ذكر في الكتاب وصرح به في الكافي أيضا حيث قال : وإنما يصح ولاء الموالاة بشرائط : منها أن يشترط الميراث والعقل ، وصرح به صاحب الكفاية أيضا حيث قال : وله شرائط ، وعد منها أن يشترط الإرث والعقل ، وإن لم يرد حصر شرائطه في هذه الثلاث يكون تخصيص هذه الثلاث بالذكر خاليا عن الغائلة ويكون ذكر العدد عبثا ، ولا يكون للسؤال والجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية متصلا بذلك كما استمر فيها وجه لأن مدارهما على إرادة الحصر ولا يتوجه ذلك السؤال رأسا فلا يحتاج إلى الجواب عنه أصلا . وقال في العناية : فإن قيل : من شرط العقد عقل الأعلى وحرية فإن موالاة الصبي والعبد باطله فكيف جعل الشرائط ثلاثا . أجب بأن المذكورة إنما هي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحدة من الصور ، وأما ما ذكرت فإنما هو نادر فلم يذكره . أقول : في هذا الجواب خلل ، فإن كل واحد من عقل الأعلى وحرية أيضا من الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحد من صور الموالاة ، إذ لا شك أن عقد الموالاة لا يصح بدون عقل المتعاقدين في شيء من الصور ، إذ لا يتصور الإيجاب والقبول بدون العقل ، وكذا لا يجوز موالاة العبد أصلا بغیر إذن موله وإن أذن له موله في القبول كان عقده كعقد موله فيكون الولاء للمولى ، نص عليه في الميسوط وغيره فلا معنى لقوله وأما ما ذكرت فإنما هو نادر فلم يذكره . ثم إن في تقرير السؤال أيضا خللا ، فإن قيد العقل بمقتل الأعلى في قوله من شرط العقد عقل الأعلى مما لا وجه له ، لأن عقل الأسفل أيضا شرط العقد ، إذ لا يتصور الإيجاب بدون العقل كما لا يتصور القبول بدون عقله ، وقد أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال : وأما شرائط عقد الموالاة فنما عقل المتعاقدين ، إذ لا صحة للإيجاب والقبول بدون العقل انتهى . وكذا قيد الحرية بالإضافة إلى ضمير الأعلى في قوله وحرية مما لا وجه له ، إذ حرية الأسفل أيضا شرط بل هي أظهر اشتراطا من حرية الأعلى لأنه لا يجوز لإيجاب العبد عقد الموالاة ولو أذن له موله في ذلك ، ويجوز قبوله إياه بإذن موله ويصير الولاء لموله كما صرحوا به ، وأيضا لا وجه لترك ذكر البلوغ في أثناء تقرير السؤال فإنه من شرط عقد الموالاة كالعقل والحرية ، نص عليه في الميسوط والبدائع مع أن قوله فإن موالاة الصبي في قوله فإن موالاة الصبي والعبد باطله أوفق باشرط البلوغ من اشتراط العقل ، فإن الصبي قد يكون عاقلا فلم يكن بطلان موالاته لعدم عقله بل كان لعدم بلوغه كما لا يخفى (قوله ولا بد من شرط الإرث والعقل كما ذكر في الكتاب) أشار به إلى ما ذكره القموص في منحصره بقوله : وإذا أسلم الرجل على يد رجل وولاه على أن يرثه ويعقل عنه ، وقد مر من قبل . واعترض صاحب غاية

إذا مات عن غير وارث ، وكلامه في الفصل ووضح لاحتياج إلى تفسير ، خلا قوله (وإن كان له وارث فهو أولى منه وإن كان من ذوى الأرحام) فإنه أورد عليه بأنه ينبغي أن يكون الثلث للمولى كما لو أوصى بكل ماله لآخر وله وارث معروف . وأجب بأنه جعله بقدر الولاء ووارثا عنه ، وفي سبب الوراة ذو القرابة أرجح لأن القرابة متفق على ثبوتها شرعا وإن اختلفوا في كونها

(قال المصنف : ولا بد من شرط الإرث والعقل كما ذكر في الكتاب) أقول : أشار به إلى ما ذكره القموص قبل هذا ، وإذا أسلم الرجل على يد رجل وولاه على أن يرثه ويعقل عنه . واعترض الإقتافى على وجوب اشتراطهما في صحة العقد ، ولا يخفى على المتأمل دفع اعتراضه (قوله لأن القرابة متفق الخ) أقول : بحيث يترب عليها الأحكام كسكرة المصاهرة ووجوب التفقة في محل العمة والخالة وغيرها

ما لم يعقل عنه) لأنه عقد غير لازم بمنزلة الوصية ، وكذا للأعلى أن يتبرأ عن ولائه لعدم الزوم . إلا أنه يشترط في هذا أن يكون بمحض من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا ، بخلاف ما إذا عقد الأسفل مع غيره بغير محضر

اليان على وجوب اشتراط الإرث والعقل في صحة عقد الموالاة حيث قال : قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي : قال إبراهيم النخعي : إذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه فإنه يرثه ويعقل عنه ، وله أن يتحول بولائه إلى غيره ما لم يعقل عنه ، فإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول إلى غيره . وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، هذا لفظ الكافي بعينه . وهذا يدل على أن شرط الإرث والعقل ليس بموقوف عليه صحة الموالاة بل مجرد العقد كافي بأن يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت ، لأن الحاكم لم يذكر الإرث والعقل شرطا لصحة الموالاة بل جعلهما حكما لما بعد صحتها فافهم . ويدل على ما قلنا قول القنورى في مختصره : أو أسلم على يد غيره ووالاه . يوضحه قول صاحب التحفة : وتفسير عقد الموالاة من أسلم على يد رجل وقال له أنت مولاي ترثني إذا مت وتعقل عني إذا جئت وقال الآخر قبلت فينقذ بينهما عقد الموالاة ، وكذلك إذا قال واليتك والآخر قبلت ، وكذا إذا عقد مع رجل غير الذي أسلم على يده ، إلى هنا لفظ التحفة انتهى كلام صاحب الناية . أقول : لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن شيئا مما ذكره لا يدل على عدم اشتراط الإرث والعقل في صحة عقد الموالاة . أما ما نقله عن الكافي للحاكم الشهيد فلا يبرهن أن يكون عدم وقوع التصريح بأشراطهما هناك بناء على ظهور تضمن الموالاة اشتراطهما ، فيكون قوله ووالاه في قوله إذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه مغنيا عن ذكر ذلك فلا يدل على أن مجرد أن يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت كاف في تمام عقد الموالاة ، وجعل نفس الإرث والعقل حكما للموالاة لا ينافي كون ذكرهما في العقد شرط لصحة العقد كما لا يخفى . وأما قول القنورى في مختصره أو أسلم على يد غيره ووالاه فلا يبرهن أن مراد القنورى بقوله ذلك إنما هو بيان أن الإسلام على يده ليس بشرط فيها . وأما قول صاحب التحفة : فلا نعمل على توهم عدم اشتراط الإرث والعقل إنما هو قوله وكذلك إذا قال واليتك والآخر قبلت ، ويجوز أن يكون مراده بذلك وكذلك إذا قال واليتك ويدل قوله أنت مولاي فقط لا يدل مجموع قوله أنت مولاي ترثني إذا مت وتعقل عني إذا جئت فلا دالة على عدم اشتراطهما . وبالجمله إن عدم التصريح بشرط عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورة الموالاة لا يدل على عدم اشتراط ذلك ، إذ يجوز أن يكون عدم التصريح به بناء على ظهوره من بياهم إياه على الاستقلال ، ألا يرى أن لصحة عقد الموالاة شرائط كثيرة ، ككون المولى مجهول النسب ، وكونه غيره معتق ، وكونه غير عربي وغير ذلك ، مع أنهم لم يصرحوا بشيء من ذلك عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورته (قوله إلا أنه يشترط في هذا أن يكون بمحض من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا) أورد عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق النزل ظاهر ، وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه إذا كان قد من مال الموكل

سببا للإرث ، وعقد الولاء يختلف في ثبوته شرعا ، ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوى فلا يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب في شيء من المال ، بخلاف الوصية بالثلث فلها خلافة في المال مقصودا ، فلا يمكن جعل الثلث له إلا بطريق الوصية ، لأنه ما أوجب له ذلك مقصودا ، ولا بطريق الإرث لرجح استحقاق القريب عليه . وخلا قوله (إلا أنه يشترط في هذا أن يكون بمحض من الآخر كما في عزل الوكيل) فإنه أورد عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق النزل ظاهر ، وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه إذا كان قد من مال الموكل على مامر في الوكالة فاما معنى اشتراط توقف القسح هاهنا على حضرة كل واحد من الأعلى والأسفل . وأجيب بأن سبب الاشتراط هاهنا هو السبب هناك وهو دفع الضرر فإن العقد كان بينهما ، وفي تفرده أحدهما إلزام القسح على الآخر ببلون علمه ، وإلزام شيء على الآخر من غير علمه به نفسه

(قوله وعقد الولاء يختلف (الخ) أقول : بحيث يترتب عليه الأحكام (قوله فلها خلافة في المال (الخ) أقول : الظاهر أن يقال استحقاق بدل قوله خلافة (قوله وخلا قوله إلا أنه (الخ) أقول : معطوف على قوله خلا في قوله وكلاهما في الفصل واضح لا يحتاج إلى تفسير ، خلا قوله وإن كان له وارث .

من لأول لأنه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة . قال (وإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول بولائه إلى غيره) لأنه تعلق به حق الغير ، ولأنه قضى به القاضي ، ولأنه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة ، وكذا لا يتحول ولده ، وكذا إذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول لأبهم في حق الولاء كشخص واحد . قال (وليس لمولى العاتقة أن يوالى أحدا) لأنه لازم ، ومع بقائه لا يظهر الأدنى .

على ما مر في الوكالة ، فما معنى اشتراط توقف الفسخ هاهنا على حضرة كل واحد من الأعلى والأسفل . وأجيب عنه بوجهين : أحدهما أن سبب الاشتراط هاهنا هو السبب هناك وهو دفع الضرر ، فإن العقد كان بينهما ، وفي تفرد أحدهما إلزام الفسخ على الآخر بدون علمه ، ونفس إلزام أحدهما حكم الفسخ على الآخر بدون علمه ضرر لاعامة ، لأن فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كالعقد ، وفيه إبطال فعله فلا يجوز بدون العلم ، كذا في الشروح . وقال في النهاية : وهذا الوجه هو الذي اختاره في الميسوط ، وقصر صاحب العناية ذكر الجواب على هذا الوجه فكانه اختاره أيضا . أقول : هذا الوجه محل الكلام ، فإن كون نفس إلزام الفسخ على الآخر ضررا أمر ظاهر لما ذكر من أن فيه إبطال فعل العاقل البالغ ، وأما مدخلية عدم علم الآخر بذلك الإلزام في كونه ضررا فغير ظاهر ، إذ على تقدير علم الآخر به ليس له قدرة على دفع ذلك عن نفسه لاستقلال كل واحد منهما في فسخ العقد عند علم الآخر بلا ريب فيتحقق إبطال فعل الآخر في صورة العلم أيضا بالضرورة . والظاهر أن علم الإنسان بالأمر الذي يكرهه ولا يقدر على دفعه لا يجنى شيئا ، فإذن لم يظهر كون سبب اشتراط توقف الفسخ هاهنا على حضرة كل واحد منهما دفع الضرر على هذا الوجه ، اللهم إلا أن يقال : دفع الضرر وإن لم يتعين هاهنا كما تعين في صورة العزل عن الوكالة إلا أنه مما يحتمل يلزمه الآخر بالبرّ والحجاة ، لكن فيه ما فيه فتأمل . وثانيهما أن فسخ أحدهما هذا العقد بغير محضر من صاحبه يتضمن إضرارا بصاحبه . أما إذا كان الفسخ من الأسفل فلا ريب عيوت الأسفل فيجب على الأعلى أن ماله حيار ميراثا له فيصرف فيه فيصير مضمونا عليه . وأما إذا كان الفسخ من الأعلى فلا ريب الأسفل ربما يعتق عبدا على حساب أن عقل عبده على مولاه ، ولوصح فسخ الأعلى يجب العقل على الأسفل بدون علمه فيضرر . كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلنا عن الأخيرة . أقول : هذا الوجه في الجواب هو الصواب ، لأن حاصله أن في الفسخ بدون علم صاحبه ضرر الاغترار ، وفي الإعلام دفع ذلك فلا بد منه ، ولا ريب أن هذا معقول المعنى (قوله لأنه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة) قيل عليه لماذا يحمل صحة العقد مع الثاني موجبة بطلان العقد الأول ؟ قلنا : إن الولاء كالنسب ، والنسب مادام ثابتا من إنسان لا يتصور ثبوته من غيره فكل ذلك الولاء ، ففرقنا أن من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الأول ، كذا في عامة الشروح والكافي ، وعزاء في النهاية ومعراج الدراية إلى الميسوط . أقول : في الجواب بحث من وجهين : الأول أن قولهم والنسب مادام ثابتا من إنسان لا يتصور ثبوته من غيره ممنوع ، فإنه إذا كانت الأمة بين شريكين فجاءت بولد فادعيه ثبت نسبه منهما عندنا كما مر في باب الاستيلاء من كتاب العتاق مدخلا ومشروحا . والثاني أن قياس الولاء على النسب يقتضي أن لا يصح عقد الولاء مع الثاني بعد أن يصح مع الأول إذ النسب لا يتصور ثبوته من إنسان بعد ثبوته من آخر ، فينبغي أن يكون الولاء كذلك على مقتضى القياس ، فمن أين يتصور الاستدلال بصحة عقد الولاء مع الثاني على بطلان عقده مع الأول .

ضرر لا عمالة ، لأن فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كالعقد . وفيه إبطال فعله بدون علمه ، وخلا قوله (لأنه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة) فإن عزل الوكيل حال غيبته مقصودا لا يصح وحكما يصح ، كما لو أعتق العبد الذي وكله ببيعته ، فإنه أورد عليه لماذا يحمل صحة العقد مع الثاني موجبة فسخ العقد الأول . وأجيب بأن الولاء كالنسب والنسب مادام ثابتا من إنسان لا يتصور ثبوته من غيره فكل ذلك الولاء ، ففرقنا أن من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الأول ، ذكر ذلك كله في النهاية ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

(قوله وخلا قوله لأنه فسخ حكمي) أقول : وهذا القول معطوف أيضا على قوله خلا فيما سبق .

(كتاب الإكراه)

قال (الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعده به سلطانا كان أو لصا)

ثم أقول : يمكن أن يجاب عن الأول بأن المراد أن القسب مادام ثابتا من إنسان أولا لا يتصور ثبوته من غيره ثانيا ، وثبوت نسب ولد الأمة المشتركة بين رجلين منهما إنما هو فيما ادعياه معا . وأما إذا ادعاه أحدهما أولا والآخر ثانيا فلإنما يثبت نسبه من الأول دون الثاني كما فصل في باب الاستيلاء من كتاب العتاق . وعن الثاني بأن القياس في مجرد عدم صحة اجتماع ثبوته للشخصين في حالة واحدة إذا كان ثبوته لهما على سبيل التعاقب لا في عدم صحة الانتقال من أحدهما إلى الآخر فإنه أمر آخر ناشئ من كون الثابت لازما وعقد الولاء عقد غير لازم فيخالف النسب من هذه الحيثية فلعلها يصح الانتقال فيه دون النسب فتأمل ، والله الموفق .

(كتاب الإكراه)

قيل في مناسبة الوضع لما ذكر ولقاء العتاقة لمناسبة المكاتب ، وذكر ولقاء الموالاة لمناسبة ولقاء العتاقة لاقى إيراد الإكراه عقيب ولقاء الموالاة لمناسبة أن في كل منهما تغير حال مخاطب من الحرمة إلى الحل ، فإن ولقاء الموالاة يغير حال مخاطب الذي هو للمولى الأعلى من حرمة تناول مال المولى الأسفل بعد موته إلى حل بالإرث . فكذلك الإكراه يغير حال مخاطب الذي هو المكره من حرمة المباشرة إلى حلها في عامة المواضع . ثم إن الإكراه في اللغة عبارة عن حمل الإنسان على شيء يكرهه ، يقال أكرهته فلانا إكراهاً : أى حملته على أمر يكرهه . وأما في اصطلاح الفقهاء فقد ذكر في المبسوط أن الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتج به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن ينعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب ، فإن المكره مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب ، ألا يرى أنه متردد بين فرض وحظر وإباحة ورخصة ، ويأتي مرة ويؤخر أخرى وهو آية الخطاب .

(كتاب الإكراه)

قيل للموالاة تغير حال المولى الأعلى عن حرمة أكل مال المولى الأسفل بعد موته إلى حكمه ، كما أن الإكراه يغير حال مخاطب من الحرمة إلى الحل فكان مناسباً أن يذكر الإكراه عقيب الموالاة . وهو في اللغة عبارة عن حمل الإنسان على شيء يكرهه ، يقال أكرهته فلانا : أى حملته على أمر يكرهه . وفي اصطلاح الفقهاء عما ذكره بقوله اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتج به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته . وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة حلالاً ينتج به رضاه . وهو أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه ، وهو إشارة إلى نوعي الإكراه أو يفسد به اختياره ، وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو إشارة إلى القسم الآخر ، لكن لابد من تقدير لا في أو يفسد به اختياره فذلك أنواع الإكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه .

(كتاب الإكراه)

(قوله وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة) أقول : فيكون في قوله اسم لفعل مجاز (قوله وذلك يستلزم نفي عدم الرضا) أقول : فيه ما لا ينبغي إلا أن يقال : الاستلزام بملازمة مقابلة قوله أو يفسد بقوله ينتج به رضاه ، إذ لولا لم تصح المقابلة وفيه ما فيه (قوله لكن لابد من تقدير «لا في أو يفسد به اختياره») أقول : لا ينبغي عليك بعد ما ذكره وخلفه القرينة على تقدير لا ، والظاهر أن المراد

لأن الإكراه اسم للفعل يفعله المرء بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته، وهذا إنما يتحقق إذا خاف المكره تحقيق ما توعد به، وذلك إنما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة، والذي قاله أبو حنيفة إن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنفعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنفعة. فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان، ولم تكن القدرة في زمنه إلا للسلطان، ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله، ثم كما تشترط قدرة المكره لتحقيق الإكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به، وذلك بأن يظن على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولا على ما دعى إليه من الفعل. قال (وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو يوافق داره فأكرهه على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع) لأن من شرط صحة هذه

وذكر في الإيضاح أن الإكراه فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى فيصير به مدفوعا إلى الفعل الذي طلب منه. وذكر في الوافي أنه عبارة عن تهديد القادر غيره على ما يهدده بمكرهه على أمر بحيث ينتفى به الرضا، كذا في النهاية ومعراج الدراية. وقال في النهاية: ولك أن تختار من هذه الثلاث أيها شئت. قلت: وقد اختار المصنف عبارة المتوسط كما ترى، وسيجيء ما يتعلق بتفسيرها. وأما شرطه وحكمه فيأتي في الكتاب أثناء المسائل (قوله لأن الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره) قال صاحب العناية: وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة محلا ينتفى به رضاه وهو أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه، وهو إشارة إلى نوعي الإكراه ويفسد به اختياره، وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو إشارة إلى القسم الآخر، لكن لا بد من تقديره لاه في أو يفسد به اختياره، فذلك أنواع الإكراه الثلاثة وموضعها أصول الفقه اه كلامه. أقول: قد خرج الشارح المذكور في تفسير كلام المصنف هنا عن سنن الصواب، وسلك مسلكا لا يرتضيه أحد من ذوى الألباب، وإن شئت ما هو التحقيق في هذا المقام فاستمع لما نتلو عليك من الكلام: فاعلم أن الشائع المذكور في عامة الكتب من الأصول والقروع هو أن الإكراه نوعان: نوع يعلم الرضا ويفسد الاختيار، وذلك بأن يكون بقتل أو بقطع عضو وهو الإكراه

وقوله (مع بقاء أهليته) إشارة إلى كون المكره لم يسقط عنه الخطاب لأن الخطاب بالأهلية، وإذا كانت الأهلية ثابتة كان المكره مخاطبا. وأما شرطه وحكمه فيأتي أثناء الباب. قال (الإكراه يثبت حكمه إذا حصل بمن يقدر على إيقاع ما توعد به) شرط الإكراه حصوله من قادر على إيقاع المتوعد به (سلطانا كان أو لصا) وخوف المكره وقوعه بأن يظن على ظنه أنه يفعله ليصير بالإكراه محمولا على ما دعى إليه من المباشرة، فإذا حصل بشرائطه يثبت حكمه على ما سيجيء مفصلا، ولم يفرق بين حصوله من السلطان والحق (لأن تحققه يتوقف على خوف المكره تحقيق ما توعد به، ولا يخاف إلا إذا كان المكره قادرا على ذلك، والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سيان) عندهما (والذي قاله أبو حنيفة رحمه الله أن الإكراه لا يتحقق) إلا من السلطان، لما أن المنفعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنفعة، فقد قال المشايخ رحمه الله: هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان، لأن مناط الحكم القدرة ولم تكن في زمنه إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغير أهل الزمان، فإذا أكرهه على بيع ماله أو شراء سلعة أو الإقرار بماله أو إجارة داره بالقتل أو قطع عضو أو بالضرب الشديد أو بالحبس (فهو إكراه يترتب عليه الحكم، فإن فعل ما دعى إليه ثم زال الإكراه (فهو بالخيار إن شاء أمضى وإن شاء فسخ، لأن من شرط صحة هذه

من قوله ينتفى به رضاه التنازل للرضا فقط بدون فساد الاختيار بقرينة المقابلة، وإما لم يتعرض للقسم الثالث مثل الإكراه بالضرب سوط أو حبس يوم على ما يجيء لعدم ترتب أحكام الإكراه عليه (قال المصنف: فينتفى به رضاه) أقول: فقط دون أن يفسد به اختياره، فإنه إذا قوبل الخاص بالعام يراد بالعام ما عدا ذلك الخاص (قال المصنف: والذي قاله أبو حنيفة أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان) أقول: القصر في تحقق الإكراه من غير السلطان على قولهما.

المقود التراضي ، قال الله تعالى - إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم -

الملجئ . ونوع بعدم الرضا ولا يفسد الاختيار ، وذلك بأن يكون بضرب أو ب قيد أو بجنس وهو الإكراه الغير الملجئ ، وكل منهما لا يثنى الأهمية ولا الخطاب . وأما فخر الإسلام البردوى فقال في أصوله : الإكراه ثلاثة أنواع : نوع يعلم الرضا ويفسد الاختيار وهو الملجئ . ونوع يعلم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو الذي لا يلجئ ، ونوع آخر لا يعلم الرضا وهو أن يجنس أبيه أو ولده أو ما يجري مجراه . والإكراه يحملته لا يثنى أهليته ولا يوجب وضع الخطاب اه . وقال صاحب الكشف في شرح هذا المقام من أصول فخر الإسلام : الإكراه حل الغير على أمر يكرهه ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه . ويدخل في هذا التعريف الأقسام الثلاثة المذكورة في الكتاب . قال شمس الأئمة : هو اسم لفعل يفعله الإنسان بغيره فيفتني به رضاء أو يفسد به اختياره ، ولم يدخل فيه القسم الثالث الذي ذكر في الكتاب ، وكأنه لم يحطه من أقسام الإكراه لعدم ترتب أحكامه عليه ، إلى هنا كلام صاحب الكشف . إذا عرفت هذا فقد ظهر لك أن ما ذكره المصنف هاهنا من معنى الإكراه وما ذكره شمس الأئمة في المبسوط بعينه ، وأن القسم الثالث من الأقسام الثلاثة المذكورة في أصول فخر الإسلام غير داخل في هذا المعنى كما توهمه صاحب العناية ، وإنما هو داخل في معنى الإكراه لثمة كما أشار إليه صاحب الكشف ، وهو أن وجه عدم إدخال ذلك القسم في معنى الإكراه شرعا عدم ترتب أحكام الإكراه عليه ، فإن الإكراه في عرف الشرع ما ترتب عليه أحكامه ، وانكشف عندك أيضا ستر ما وقع في عامة الكتب من تنوع الإكراه إلى نوعين فقط . فإن المقصود بالبيان في الكتب الشرعية أحوال الإكراه الذي يترتب عليه الحكم الشرعي . ثم إن ما ارتكبه صاحب العناية في تفسير ما ذكره المصنف هاهنا مع كونه بخلاف ما هو الواقع كما عرفت غير صحيح في نفسه . أما أولا فلأنه جعل قول المصنف فيفتني به رضاء أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع علمه مع أن مقابلة قوله أو يفسد به رضاء تنتمه قطعا . وأما ثانيا فلأنه قال : إن قول المصنف أو يفسد به اختياره يستلزم نفي عدم الرضا ، ولا معنى له لأنه إن أراد أنه بحسب ظاهره : أي بدون تقدير شيء آخر يستلزم ذلك فليس كذلك قطعا ، لأن فساد الاختيار إنما يستلزم عدم الرضا لأنني علمه وهو ثبوت الرضا ، وإن أراد أنه إذا أخرج عن ظاهره بتقديره لا كما ذكره فيما بعد يستلزم ذلك فليس كذلك أيضا ، إذ بتقدير لا يصير المعنى أو لا يفسد به اختياره وذلك بأن يصح اختياره معه ، ولا شك أن صحة الاختيار لا تستلزم نفي عدم الرضا وهو ثبوت الرضا لجواز أن يصح الاختيار وانعدام الرضا كما في النوع الغير الملجئ من نوعي الإكراه على ما مر . وأما ثالثا فلأنه قال وهو إشارة إلى القسم الآخر ، لكن لا بد من تقدير لا في أو يفسد به اختياره ، وهو أيضا غلط لأن هذا التقدير مع كونه بخلاف الظاهر جدا سببا في مقام التعريف لا يجدي ما ذكره من كون مقصود المصنف الإشارة إلى الأنواع الثلاثة للإكراه ، لأن نفي فساد الاختيار إنما يفيد صحة الاختيار وهي لا تقتضي الرضا بل تحقق عدم الرضا أيضا كما عرفت آنفا فلا تحصل الإشارة بقوله أو يفسد به الاختيار على تقدير كلمة ولا فيه إلى القسم الثالث من الإكراه لصدقه على القسم الثاني من النوعين الأولين كما ترى ، اللهم إلا أن يقال : نفي فساد الاختيار في مقابلة انقضاء الرضا يدل على بقاء الرضا في المقابل فيخرج القسم الثاني من النوعين الأولين ، لكن لا يفتي على ذي مسكة أن المعنى الذي نسبته الشارح المزبور هاهنا إلى المصنف كان يحصل بأن يقول بدل قوله أو يفسد به اختياره أولا بمعنى أو لا يفتي به رضاء ، فهل يجوز العاقل بمثل المصنف أن يترك ذلك اللفظ الأقصر الخالي عن التحللات بأسرها لو أراد إفادة ذلك المعنى الذي نسبته الشارح المزبور إليه ويختار هذا اللفظ الأطول المشتمل على تحللات كثيرة في إفادة ذلك المعنى ، ولعمري إن رتبة المصنف بعزل عن مثل ذلك فاطلق أن « راده بقوله فيفتني به رضاء أن يفتني به رضاء بدون فساد اختياره بقرينة مقابلة قوله أو يفسد به

المقود التراضي ، قال الله تعالى - إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم -

والإكراه بهذه الأشياء يعلم الرضا فيفسد، بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حيس يوم أو قيد يوم لأنه لا يبالى به بالنظر إلى العادة فلا يتحقق به الإكراه إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستصّر به لفوات الرضا ، وكذا الإقرار حجة ترجع جنية الصلوق فيه على جنية الكذب ، وعند الإكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة ؛ ثم إذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا ، وعند زفر لا يثبت لأنه يبيع موقوف على الإجازة ؛ ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف قبل الإجازة لا يفيده الملك . ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله

اختياره فإن العام إذا قوبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص كما في قوله تعالى - حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى - فكان قوله فينتفى به رضاه إشارة إلى أحد نوعي الإكراه وهو غير الملجئ ، وقوله أو يفسد به اختياره إشارة إلى النوع الآخر منهما وهو الملجئ . فانتظم كلامه من غير كلفة أصلا وانطبق لما في عامة الكتب (قوله والإكراه بهذه الأشياء يعلم الرضا) أراد بهذه الأشياء القتل والعرب الشديد والحبس الشديد ، وهنا مع كونه أظهر من أن يحتج قد غنى على الشارح المعنى فقال في تفسير قول المصنف بهذه الأشياء : يعنى بالبيع وأخواته ، ولم يدر أن البيع وأخواته من المكره عليه لامن المكره به ، وهذا نظير سائر سقطاته في كتابه هذا قوله بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حيس يوم أو قيد يوم لأنه لا يبالى به بالنظر إلى العادة فلا يتحقق به الإكراه) أقول : يرد على ظاهر هذا التحزير أن آخر الكلام يناقض أوله ، فإنه قال في أوله بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حيس يوم أو قيد يوم ، فدل ذلك على تحقق الإكراه في هذه الصور أيضا ولما قال بخلاف ما إذا أكره ، بل كان ينبغي أن يقول بخلاف ما إذا ضرب بسوط أو حيس يوما أو قيد يوما ، وقال في آخره فلا يتحقق به الإكراه ، وهذا صريح على عدم تحقق الإكراه في هاتيك الصور فتناقضا . والجواب أن المراد بالإكراه في قوله بخلاف ما إذا أكره معناه القوى وهو حمل الإنسان على أمر يكرهه كما مر ، ولا شك في تحقق هذا المعنى في هاتيك الصور ، والذي نفيه في آخر الكلام إنما هو تحقق الإكراه على معناه الشرعى الذى ترتب عليه أحكامه فلا تناقض . ولك أن تقول : التعبير بالإكراه في قوله بخلاف ما إذا أكره للمشكلة كما في قوله تعالى - تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك - فحينئذ لا يكون لفظ الإكراه هنالك حقيقة لا لغوية ولا شرعية ، بل يصير مجازا فلا تناقض أصلا (قوله وكذا الإقرار حجة الخ) قال في النهاية والعناية : قوله وكذا الإقرار حجة معطوف على قوله والإكراه بهذه الأشياء يعلم الرضا فيفسد : أى والإقرار أيضا يفسد بالإكراه بهذه الأشياء ، وذلك لأن الإقرار إنما صار حجة في غير الإكراه لترجع جنية الصلوق ، وعند الإكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة اهـ . أقول : الظاهر عندى أن قوله وكذا الإقرار حجة الخ معطوف على قوله لأن من شرط صحة هذا العقود التراضى إلى قوله فيفسد لاعلى قوله والإكراه بهذه الأشياء يعلم الرضا فيفسد ، لأن قوله والإكراه بهذه الأشياء

والإكراه بهذه الأشياء يعلم الرضا) وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط (فيفسد ، وإن أكره بضرب سوط أو حيس يوم أو قيد يوم لم يكن إكراهه لأنه لا يبالى به نظرا إلى العادة إلا إن كان المكره صاحب منصب يعلم أنه يستصّر به) فهو إكراه (لوجود العلة حينئذ وهو (فوات الرضا) (قوله وكذا الإقرار حجة) معطوف على قوله والإكراه بهذه الأشياء يعلم الرضا فيفسد : أى والإقرار أيضا يفسد بالإكراه بهذه الأشياء ؛ وذلك لأن الإقرار إنما صار حجة في غير الإكراه لترجع جنية الصلوق ، وعند الإكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة ، بخلاف ما إذا أكره على الإقرار بالف بضرب سوط أو حيس يوم فأقر به فهو إقرار كما في البيع . إلا إذا كان المكره صاحب منصب : أى عز ومرتبة ، فإن الشرفاء والأجلاء من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحيس يوم واحد أكثر مما يستنكفون غيرهم من ضرب سياط وحيس أيام ، ولهذا قال محمد رحمه الله : ليس في ذلك تقدير لازم ، بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلى به (ثم إذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا . وعند زفر رحمه الله لا يثبت لأنه يبيع موقوف على الإجازة ، ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف على الإجازة (قبل الإجازة لا يفيده الملك) كالبيع بشرط الخيار (ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله) لأن الإيجاب

والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض ، حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفاً لا يمكن نقضه جاز ، ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وبإجازة المالك يرتفع الفساد وهو الإكراه وعدم الرضا فيجوز إلا أنه لا ينقطع به حتى استرداد البائع وإن تداولته الأيدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لأن الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبائع الثاني حتى العبد وحقه مقدم لحاجته . أما هاهنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يطل حتى الأول لحق الثاني . قال رضى الله تعالى عنه : ومن جعل البيع الجائر المعتاد بيعاً فاسداً يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره ، لأن الفساد لقوات الرضا ، ومنهم من جعله رهناً لقصد المتعاقدين ، ومنهم من جعله باطلاً اعتباراً بالهالز ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعاً جائزاً مفيداً بعض الأحكام

يعدم الرضا بعض الدليل بمنزلة الكبرى من غير الشكل الأول فطغف قوله وكذا الإقرار حجة الخ على تلك المقدمة من الدليل يقتضى المشاركة في المقدمة الأولى ، مع أن المذكور في حيز قوله وكذا الإقرار حجة دليل مستقل في حق فساد الإقرار بالإكراه غير مستمد بمقدمة من الدليل السابق كما يفصح عنه التفسير المذكور في النهاية والغاية ، فالوجه أن يكون معطوفاً على مجموع الدليل السابق لاعتباره ، والنوع الصحيح يشهد بما ذكرناه كله تدبر ترشد (قوله ومنهم من جعله باطلاً اعتباراً بالهالز) قال بعض الفضلاء : لا ينبغي على من يعرف معنى الهزل أن بهذا القدر لا يكون التكلم هالزاً اهـ . أقول : لم يقل من جعله باطلاً

والقبول صدر من المالك البالغ العاقل وصادف محله وهو الملك (والفساد لفقد شرطه وهو التراضي) قال الله تعالى - (لأن تكون تجارة عن تراض منكم - وتأثير انتفاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة في باب الربا) فيثبت الملك عند القبض) والبائع بشرط الخيار ، إنما لا يفيد لأنه جعل العقد في حق حكمه كالتعلق بالشرط ، والمتعلق بالشرط معلوم قبل الشرط ، فإذا ثبت أنه يقيد الملك عند القبض ، (فلو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفاً لا يمكن نقضه) كالتدبير والاستيلاء (جاز ولزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة) فإن قيل : لو كان كسائر البياعات الفاسدة لما عاد جائزاً بالإجازة كهبو . أجاب بأن إجازة المالك يرتفع الفساد وهو الإكراه وعدم الرضا فيجوز ، بخلاف سائرهما فإن الفساد فيه باق (قوله إلا أنه لا ينقطع به) استثناء من قوله كما في سائر البياعات الفاسدة فإن فيه إذا باع المشتري ما اشتراه براء فاسد لم يبق للبائع الأول حتى استرداده ، وهما لا ينقطع بسبب الإكراه حتى الاسترداد للبائع وإن تداولته الأيدي ولم يرض البائع بذلك ، لأن الفساد في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبائع الثاني حتى العبد وحقه مقدم على حق الله تعالى لحاجته ، أما هاهنا فالرد لحق العبد وهما سواء فلا يطل حتى الأول لحق الثاني . قال المصنف رحمه الله (ومن جعل البيع الجائر المعتاد) يريد به بيع الوفاء . وصورته أن يقول البائع للمشتري : بعت منك هذا العين بما لك على من الدين على أتي متى قضيت الدين فهو لي ، أو يقول بعت منك هذا العين بكذا على أتي إن دفعت إليك ثمنك تدفع العين لي وقد اختلف الناس فيه ، ومشايخ سمرقند جعلوه بيعاً جائزاً مفيداً بعض الأحكام وهو الانتفاع به دون البيع والبيع والبيع على ما هو المعتاد بين الناس الحاجة إليه ، واختاره المصنف رحمه الله وأشار إليه بقوله البيع الجائر المعتاد . ومن المشايخ (من جعله بيعاً فاسداً وجعله كالبيع المكره عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لأن الفساد لقوات الرضا) كما في البيع المكره عليه (ومنهم من جعله رهناً لقصد المتعاقدين) لأنهما وإن سميا بيعاً لكن غرضهما الرهن والعبارة للمقاصد والمعاني ، ولا يملك المرتب ولا يطلق له الانتفاع إلا بإذن مالكه وهو ضامن لما أكل من ثمره واستهلكه من عينه ، والدين ساقط بهلاكه في يده إذا كان وفي بالدين ، ولا ضمان عليه في الزيادة إذا هلك بغير صنعه ، والبائع استرداده إذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن . (ومنهم من جعله بيعاً باطلاً اعتباراً بالهالز) لأنهما تكلمتا بلفظ البيع وليس (قوله ومنهم من جعله بيعاً باطلاً اعتباراً بالهالز للخ) أقول : لا ينبغي على من يعرف معنى الهزل أن بهذا القدر لا يكون التكلم هالزاً .

على ما هو المعتاد للحاجة إليه . قال (فإن كان قبض الثمن طوعا فقد أجاز البيع) لأنه دليل الإجازة كما في البيع الموقوف وكذا إذا سلم طائعا ، بأن كان الإكراه على البيع لاعل الدفع لأنه دليل الإجازة . بخلاف ما إذا أكرهه على الهبة ولم يذكر الدفع فوجب ودفع حيث يكون باطلا ، لأن مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ ، وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الأصل ، فدخل الدفع في الإكراه على الهبة دون البيع . قال (وإن قبضه مكرها فليس ذلك بإجازة وعليه ردّه إن كان قائما في يده) لفساد العقد . قال (وإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع) معناه والبائع مكره لأنه مضمون عليه بحكم عقد فاسد

أن المتكلم به هازل حقيقة حتى ينتجه عليه ما ذكره ذلك القائل ، بل قال : إنه كالهازل بناء على أن المتكلم بلفظ البيع هناك لا يقصد معنى البيع ، وإلا فلا شك أن من شرط كون المتكلم هازلا حقيقة أن تجرى المواضعة قبل العقد بأن يقال نحن نتكلم بلفظ العقد هازلا كما تقرر في علم الأصول ، وفي صورة بيع الوفاء لا يوجد ذلك الشرط قطعا ، ويرشد إلى كون المراد ما ذكرناه قوله اعتبارا بالهازل ، فإن معناه قياسا على الهازل ، ولا ريب أن القياس إنما يتصور بين الشئين المتغايرين بحسب اللات المشتركين في السلة .

قصدما ، فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه . ولو أجاز أحدهما لم يجز على صاحبه . ومعنى قوله (هو المعتاد) أنهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه ، بل يجوزونه إلى أن يرد البائع الثمن إلى المشتري ويبقى المشتري يرد للمبيع على البائع من غير امتناع ، ولا يكون ذلك إلا إذا لم يخرج عن ملكه ببيع أو هبة ، ولهذا سمّوه بيع الوفاء لأنه وفي بما عهد من رد المبيع . قال (فإن كان قبض الثمن طوعا الخ) إذا قبض البائع الثمن طوعا فقد أجاز البيع لأنه دلالة الإجازة كما في البيع الموقوف إذا قبض الثمن كان إجازة ، ودلالة الإجازة تقوم مقام الإجازة فكذا إذا سلم المبيع طائعا بأن كان الإكراه على البيع لاعل الدفع لأنه دلالة الإجازة ، بخلاف ما إذا أكرهه على الهبة ولم يذكر الدفع فوجب كراهه ودفع طائعا حيث يكون العقد باطلا : أي فاسدا يوجب الملك بعد القبض كالمبة الصحيحة بناء على أصلنا أن فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض ، فإن تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه ضمان قيمته . والفرق بينهما أن مقصود المكره ما يتعلق بالاستحقاق لا مجرد اللفظ ، وما يتعلق به الاستحقاق في الهبة بالقبض وفي البيع بالعقد فكان الإكراه على الهبة إكراهه على الدفع دون البيع (وإن قبضه) أي الثمن (مكرها فليس ذلك بإجازة ، وعلى المكره ردّه إن كان قائما في يده لفساد العقد) فيكون الثمن أمانة عند المكره لأنه أخذه بإذن المشتري والقبض متى كان بإذن المالك إنما يوجب الضمان إذا كان للتملك ، وهاتان لم يكن كذلك لأنه كان مكرها على قبضه (وإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ، والبائع مكره ضمن قيمته للبائع) لأنه مضمون عليه بحكم عقد فاسد لعدم الرضا

(قوله فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه) أقول : إذا كان باطلا لا ينفذ وانتم فرع الانتقاد (قوله لا إذا لم يخرج من ملكه) أقول : في الصيرورة ملكه راجع إلى المشتري (قال المصنف : بخلاف ما إذا أكرهه على الهبة) أقول : وإذا أكرهه على الهبة والتسليم ، فالمبة فاسدة ، وإن أكرهه على الهبة لا شيء فلم المكره بعد ذلك أو سلم والمكره حاضر ، فالقبض أن تجوز الهبة وتكون هبة طائع . وفي الامتناع لا تجوز . ولو سلم والمكره غائب بحيث لا يعود جازت الهبة امتنعانا وقياما (قوله بناء على أصلنا أن فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض) أقول : هذا على إحدى الروايتين ، وعلى الرواية الأخرى لا يثبت للملك بالقبض في الهبة القائمة على ما ذكره العلامة الإحتقاف في باب أحكام البيع القاسم فيجوز أن يكون كلام المصنف مبنيا على تلك الرواية . وفي البرازية في كتاب الهبة أيضا تفصيل مطلق بالتقام ، فالقوى ما ذكرنا ، إذ فيها ترجيح رواية علم ثبوت الملك (قوله والفرق ، إلى قوله : وفي البيع بالعقد) أقول : فيه بحث ، لأن تعلق الاستحقاق في البيع القاسم أيضا بالقبض على ما مر في أحكام البيع القاسم والبيع المكره عليه فاسد ، تأمل في جوابه يظهر لك ، فإن المراد ما يتعلق به الاستحقاق في أصل الوضع ، وقد صرح به في بعض الشروح وأنه عليه المصنف بقوله على ما هو الأصل . ثم لا يخفى عليك أن الإكراه إذا كان على البيع القاسم ينبغي أن يكون سكة حكم الهبة المكره عليها ، إلا أن يقال : البيع في أصل الوضع يتعلق به

(والمكروه أن يضمن المكروه إن شاء) لأنه آله له فيما يرجع إلى الإلتلاف ، فكأنه دفع مال البائع إلى المشتري فيضمن أيهما شاء كالفاسد وغاصب الغاصب ، فلو ضمن المكروه رجع على المشتري بالقيمة لتقيامه مقام البائع ، وإن ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناخته العقود لأنه ملكه بالضيان فظهر أنه باع ملكه ، ولا ينفذ ما كان له قبله لأن الاستناد إلى وقت قبضه ، بخلاف ما إذا أجاز المالك المكروه عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لأنه أسقط حقه وهو المانع فعاد الكل إلى الجواز ، والله أعلم .

(فصل)

(فصل)

قال أكثر الشراح : لما ذكر حكم الإكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الإكراه الواقع في حقوق الله تعالى ،

كما تقدم ، وما هو كذلك فهو مضمون بالقيمة (والمكروه بالخيار إن شاء ضمن المكروه لأن المكروه آله له فيما يرجع إلى الإلتلاف) وإن لم يصلح آله له من حيث الكلام فإن التكلم بلسان الغير لا يتصور (فكان المكروه دفع مال البائع إلى المشتري وإن شاء ضمن المشتري) لأن الملاك حصل عنده فكان كل واحد منهما أحدث ضياعا كالفاسد وغاصب الغاصب ، فلو ضمن المكروه رجع على المشتري بقيمته لتقيامه مقام البائع (وأداء الضيان (وإن ضمن المشتري) يعني أى مشترك كان بعد الأول (نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناخته العقود) أى تداولته (لأنه ملكه بالضيان فظهر أنه باع ملكه ، ولا ينفذ ما كان له قبله لأن الاستناد إلى وقت قبضه) وقال الشارحون : وإن ضمن المشتري : يعني في صورة الغصب وما عرفت الحامل لم يلج ذلك ، فإنه وإن كان صحيحا لكن كلام المصنف إنما هو على شق التردد من تضمين المكروه والمشتري ، وكلامه في الغاصب من جهة التمثيل لا من حيث الأصالة . فإن قيل : ما الفرق بين تضمينه مشريا وإجازته عقدا منها حيث اقتصر النفاذ هاهنا على ما كان بعده وعم الجميع هناك ؟ أجاب بقوله (لأنه أسقط حقه) يعني في صورة الإجازة (وهو) أى حقه هو (المانع فعاد الكل إلى الجواز) فإن قيل : ما الفرق بين إجازة المكروه وإجازة المصوب منه ، فإنه إذا أجاز بياعا من البيوع نفذ ما أجازة خاصة ؟ أجيب بأن الغصب لا يزيل ملكه ، فكل بيع من هذه البيوع توقف على إجازته به لمصادفته ملكه فتكون إجازته أحد البيوع تمليكيا لغير من المشتري يحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه . وأما المشتري من المكروه فقد ملكه ، فالبيع من كل مشر صادف ملكه ، وإنما توقف نفوذه على سقوط حق المكروه في الاسترداد ، وفي هذا لا يفترق الحال بين إجازته البيع الأول والآخر ، فلهذا نفذ البيوع كلها بإجازته عقدا منها ، والله أعلم .

(فصل)

لما ذكر حكم الإكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الإكراه الواقع في حقوق الله تعالى ، وقدم الأول لأن جق العبد مقدم لحاجته ، وذكر فيه الإكراه الملجئ وهو الذى يخاف فيه تلف النفس أو عضو من الأعضاء ، وغير الملجئ

الاستحقاق ، وعدم الاستحقاق لمرض كثير شرط ، والشرط القاسد لا يضر ، وهذا هو الصحيح (قال المصنف : لأن الاستناد إلى الخ) أقول : أى استناد ملك المشتري . قال صدر الشريعة في شرح الوقاية : فيستند إلى حين العقد لا قبله انتهى ، وفيه ما لا يخفى (قوله وما عرفت الحامل لم يلج ذلك الخ) أقول : لا يقال الحامل هو قول المصنف لأنه ملكه بالضيان ، فإن المشتري في صورة الإكراه يملكه بالتبض ، لأن قوله ملكه مجاز عن تقرر ملكه بحيث ينساق إليه ذهن كل أحد لوضوح القرينة فلا يكون حلالا على العلول من المنهج الواضح . ثم أعلم أن لفظة «ما» في قوله وما عرفت تأتية .

(فصل)

(وإن أكرهه على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر ، إن أكرهه على ذلك بحبس أو ضرب أو قيد لم يحل له إلا أن يكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه ، فإذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكرهه عليه) وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير ، لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة كما في المخصصة لقيام المحرم فيها وراعاها ، ولا ضرورة إلا إذا خاف على النفس أو على العضو ، حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك (ولا يسهه أن يصبر على ما توعد به ، فإن صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم)

وقدم الأول لأن جنى العبد مقدم لحاجته انتهى . أقول : فيه كلام ، وهو أنه قد ذكر في هذا الفصل حكم الإكراه الواقع في حقوق العباد أيضا كما في مسألة الإكراه على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه ، وكما في مسألة الإكراه بقتل على قتل غيره فلم يتم ما ذكروه بالنظر إلى مثل ذلك ، فالأشبه ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال : إنما فصل بفصل لأن ما تقدم مما يحل فعله قبل الإكراه ، ومسائل الفصل ليست كذلك لأنها محظورة قبل الإكراه في حالة السعة (قوله حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك الخ) أقول : في قوله يباح له ذلك إشكال ، فإن المباح ما استوى طرفا فعله وتركه كما قرر في علم الأصول ، وفيما نحن فيه إذا خيف على النفس أو على العضو كان طرف الفعل راجعا بل فرضا كما صرح به في كتب الأصول ، فإطلاق المباح على ذلك مع كونه متافيا لما تقرر عندهم في تفسير معنى المباح غالف لما صرحوا به في كتب الأصول من كون ذلك فرضا قاتل (قوله ولا يسهه أن يصبر على ما توعد به ، فإن صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم) قال في النماية : فإن قيل : إضافة الإنثم إلى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد . فالجواب أن المباح إنما يجوز تركه ، والإتيان به إذا لم يترتب عليه محرم ، وهاهنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما ، لأن ما أفضى إلى الحرام حرام انتهى . أقول : في الجواب بحث ، لأنه إن أريد به أن المباح هاهنا حال كونه مباحا صار تركه حراما لإفضائه إلى الحرام فهو ممنوع جدا ؟ وكيف والمباح ما استوى طرفا فعله وتركه وما صار طرف تركه حراما لا يستوي طرفاه قطعا ، فلو صار تركه حراما حال كونه مباحا لزم اجتماع استواء الطرفين وعدمه في عمل واحد في حالة واحدة وهو محال وإن أريد به أن ما كان مباحا في حالة قد يصير تركه حراما في حالة أخرى لملة تقتضي ذلك فينقلب واجبا فهو مسلم ولكن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل ، لأن نحو أكل الميتة وشرب الخمر إنما كان مباحا حالة الاضطرار دون حالة الاختيار كما صرحوا به . ولا شك أن

وهو الإكراه بالحبس والضرب اليسير والتقييد ، والأول معتبر شرعا سواء كان على القول أو الفعل ، والثاني إن كان على فعل يسير فليس بمعتبر ويجعل كأن المكره فعل ذلك الفعل بغير إكراه ، وإن كان على قول فإن كان قولاً يستوي فيه الحد والمزول فكل ذلك ولا فهو معتبر ، فعلى هذا (إذا أكرهه على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر بحبس أو ضرب) يسير لا يخاف منه تلف النفس أو العضو (أو قيد لم يحل له) الإقدام على ذلك (وإن أكرهه بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يقدم ، وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة كما في المخصصة لقيام المحرم فيها وراعاها ، ولا ضرورة) عند عدم الخوف على النفس أو العضو (حتى لو خاف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه أبيع له ذلك ولا يسهه أن يصبر على ما توعد به) وأشار إلى أن الملجئ يمتاز عن غيره لغلبة الظن ، لأن بدن الإنسان في أحوال الضرب متفاوت ، وليس ثمة نص مقدر فيعتبر فيه غالب رأى من ابتلى به ، ولا معتبر بمن قدر في ذلك أدنى الحد وهو أربعمائة فقال : إن تهدد بأقل منها لم يسهه الإقدام : لأن الأكل مشروع بطريق التنزيه ، والتنزيه يقام على وجه التبرع لا الإتلاف ، لأن ذلك نصب المقدار بالرأى وهو لا يجوز (فإن صبر حتى أوقعوا به) أي قتلوه أو ألقوا عضوه (ولم يفتاوا) وعلم بالإباحة (فهو آثم)

(قوله لقيام المحرم فيها وراعاها) أقول : الضمير في وراعاها راسع إلى الضرورة في قوله إنما يباح عند الضرورة (قوله حتى لو خاف على ذلك) أقول : أي النفس والعضو (قوله لأن ذلك نصب الخ) أقول : هذا ناظر إلى قوله ولا معتبر بمن قدر في ذلك أدنى الحد .

لأنه لما أبيض كان بالامتناع عنه معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في حالة الخمصة. وعن أبي يوسف أنه لا يأثم لأنه رخصة إذ الحرمة قائمة فكان أخذا بالزيمية . قلنا : حالة الاضطراب مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثاني فلا محرم فكان لإباحة لا رخصة إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة ، لأن في انكشاف الحرمة خفاء فيعطل بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الإسلام. أو في دار الحرب . قال (وإن أكرهه على الكفر بالله تعالى والعبادة بالله أو سب رسول الله صلى الله عليه وسلم بغيره أو حيس أو ضرب لم يكن ذلك إكراها حتى يكرهه بأمر

صيرورة تركه حراما إنما هي في حالة الاضطراب أيضا ، إذ في حالة الاختيار يصير تركه واجبا قطعاً فلم أن تجتمع إباحة وحرمة تركه في حالة واحدة ، فلا يتصور الانقلاب من الإباحة إلى الوجوب بحسب الحالتين فيما نحن فيه . لا يقال : سب استواء الطرفين فيما نحن فيه هو الإباحة الأصلية حيث لم يتناول النص المحرم باستثناء حالة الاضطراب ، وسب حرمة الترك فيه المستلزمة لعدم استواء الطرفين إنما هو إفشاء الترك فيه إلى قتل النفس المحرم أو إلى قطع العضو المحرم ، فلا استحالة في اجتماع استواء الطرفين وعدم استوائهما فيه في حالة واحدة . لأننا نقول : استواء الطرفين وعدم استوائهما متناقضان قطعاً ، فيستحيل اجتماعهما في شيء واحد في حالة واحدة ، سواء كانا مستثنين إلى سبب واحد أو إلى سببين ، ونظير هذا ما حققه الفاضل الشريف في شرح المواقف في مباحث العلة والمطلوب ، فإنه لما استدلوا على أن الواحد بالشخص لا يعمل بعلمين مستثنين بأنه لو عمل بهما لكان محتاجاً إلى كل واحدة منهما ومستغنياً عن كل واحدة منهما في زمان واحد . قال : لا يقال منشأ الاحتياج إلى كل واحدة منهما هو عليتها له ، ومنشأ عدم الاحتياج إليها عليتها الأخرى له فلا استحالة في اجتماعهما . لأننا نقول : احتياج الشيء إلى آخر في وجوده وعدم احتياجه إليه في متناقضان ، فلا يجتمعان سواء كانا مستثنين إلى سبب واحد أو إلى سببين انتهى كلامه . فقد ظهر بما قررناه ما في كلام بعض الفضلاء أيضاً في هذا المقام فليظنر إليه وليتأمل فيه (قوله إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة) قال تاج الشريعة : هذا جواب إشكال كأنه يقول : إذا ثبت إباحته ينبغي أن لا يأثم ، إذ الإنسان لا يأثم بترك المباح ، فأجاب عنه بأنه يأثم إذا علم بالإباحة ولم يأكل حتى تلف لأنه يصير ساعياً في إتلاف نفسه انتهى ، واقفي أثره الشارح المني . أقول : لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن كلام المصنف هذا لا يصلح أن يكون جواباً عن ذلك الإشكال ، إذ لا ممانعة لعلم في أن لا يأثم الإنسان بترك المباح ، فإن المباح من حيث أنه مباح لا يأثم الإنسان بتركه وإن علم إباحته ، بل بالعلم بإباحته ينكشف عدم الإثم في تركه ، فكيف يحصل الجواب بقوله إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة عما يقال إذا ثبت إباحته ينبغي أن لا يأثم ، إذ الإنسان لا يأثم بترك المباح ، فالوجه أن قول المصنف هذا إنما هو لبيان

لأنه لما أبيض من حيث أن جرمة هذه الأشياء كانت باعتبار خلل يعود إلى البدن أو العقل أو العضو وحفظ ذلك مع فوات النفس غير ممكن (كان بالامتناع عن الإقدام معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في حالة الخمصة . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يأثم لأن الإقدام على ذلك رخصة ، إذ الحرمة) بصفة أنها ميتة أو خروهي (قائمة) إذا امتنع (كان أخذاً بالزيمية فلا يأثم . قلنا : لانسلم أن الحرمة قائمة لأن الله تعالى استثنى حالة الاضطراب) فقال - وقد فصل لكم محارم عليكم إلا ما اضطردتم إليه - (والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثاني) فكان لبيان أن المستثنى لم يدخل في صدر الكلام (فلا محرم) حينئذ (فكان إباحة لا رخصة) قامت من تناول كاستناعه عن تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه أو عضوه فكان أثمًا (لكنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة ، لأن في انكشاف الحرمة خفاء) لأنه أمر يختص بمعرفة الفقهاء (فيعطل) أوساط الناس (بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الإسلام أو في دار الحرب) فإن قيل : إضافة الإثم إلى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد . فالجواب أن المباح إنما يجوز تركه والإتيان به إذا لم يترتب عليه محرم ، وما هنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراماً لأن ما أنقض إلى الحرام حرام . قال (وإن أكرهه على الكفر بالله والعبادة بالله الخ) علم أن كل ما لا يعتبر إكراها في تناول (قوله نصارك ترك حراماً) أقول : فكان القبول واجباً ، والمباح ما استوى طرفاه هذا خلف ، وإن أراد أنه قد يتقلب واجباً فلا يصح ذلك فيما

يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه) لأن الإكراه بهذه الأشياء ليس بإنكاره في شرب الخمر لما مر ، ففي الكفر وحرمة أشد أولى وأحرى . قال (وإذا خاف على ذلك وسعه أن يظهر ما أمر به وبورى ، فإن أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالإيمان فلا إثم عليه) لحديث عمار بن ياسر رضى الله عنه حيث ابتلى به ، وقد قال له النبي عليه الصلاة والسلام « كيف وجدت قلبك ؟ قال مطمئنا بالإيمان ، فقال عليه الصلاة والسلام : فإن عادوا فعد ، وفيه نزل قوله تعالى - إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان - الآية .

أن الحكم بالإثم على تقدير الصبر ، وترك الأكل في مستلثنا هذه ليس على إطلاقه ، بل فيما إذا علم بالإباحة في هذه الحالة . وأما إذا لم يعلم بها فلا إثم عليه في تركه لكونه معنوا بالجهل في أمثال هذا بناء على الخفاء (قوله فقال عليه الصلاة والسلام ، فإن عادوا فعد) (التبع) قال جمهور الشراح : معنى قوله عليه الصلاة والسلام « فإن عادوا فعد » إن عادوا إلى الإكراه فعد طمأنينة القلب لا إلى إجراء كلمة الكفر والطمأنينة جميعا كما زعم البعض ، لأن أدنى درجات الأمر بالإباحة فيلزم أن يكون إجراء كلمة الكفر مباحا ، وليس كذلك لأنه لا تنكشف حرمة أصلا انتهى . وعزاء في النهاية ومعراج الدراية إلى مبسوط شيخ الإسلام . وأورد عليه بعض الفضلاء بأن قال : فيه بحث ، فإنه قد يكون الأمر للترخيص . قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي : الأمر بالشيء لا يني الحظر ، فإن المحظور قد يرخص بصيغة الأمر حتى لا يقع في محذور فوقه كالخث في العيى وقطع الصلاة إلى آخر ما ذكره هناك ، فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره هنا كذلك انتهى . أقول : مراد الشراح أن أدنى درجات ما استعمل فيه صيغة الأمر حقيقة هو الإباحة ، وإنما تستعمل في الترخيص ونحو مجازا ، ولا بد في المجاز من قرينة صارفة عن الحمل على الحقيقة ، وفيما نحن فيه لم توجد تلك القرينة فلا جرم نحملها على الحقيقة ، وحقيقة الأمر إنما تتصور هاهنا بصرف الإعادة إلى الطمأنينة دون إجراء كلمة الكفر لما بيننا . وعن هذا قال العلامة النسفي هاهنا أى عد إلى طمأنينة القلب بالإيمان وما قيل فعد إلى ما كان منك من التل منى وذكر آلهم بخير فلفظ ، لأنه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يأمر

الميتة والخمر لا يعتبر إكراهها في إجراء كلمة الكفر على اللسان لأن حرمة الكفر أشد ، فإذا أكره على ذكره بما لا يخاف به على النفس أو العضو لا يصح الإقدام عليه ، وإذا خاف على ذلك جاز له أن يظهر ما أمر به من إجراء كلمة الكفر . لكنه يورى : والتورية أن يظهر خلاف ما يضمن فجاز أن يكون المراد بها هاهنا اطمئنان القلب ، وجاز أن يكون الإتيان بلفظ يحتمل معنيين فإن أظهر ما أمر به موريا كان أو غيره على المعنى الثاني وقلبه مطمئن بالإيمان لم يأثم لحديث عمار بن ياسر رضى الله عنه حيث ابتلى به ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « كيف وجدت قلبك ؟ قال : مطمئنا بالإيمان ، قال : فإن عادوا فعد » . وفيه نزل قوله تعالى - إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان - وقصة معروفة . ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام « فعد » عد إلى طمأنينة القلب لا إلى الإجراء والطمأنينة جميعا ، لأن أدنى درجات الأمر بالإباحة فيكون إجراء كلمة الكفر مباحا ، وليس كذلك

نحن فيه ، إذ الذي فرضناه سبب الإباحة هو سبب الوجوب بعينه ، وجوبه المنع ، فإن الإباحة أصلية حيث لم يتناول النص المحرم فتأمل (قوله فبما أن يكون المراد بها هاهنا اطمئنان القلب) أقول : فيه مسأعة (قوله وجاز أن يكون الإتيان بلفظ يحتمل معنيين) (التبع) أقول : قد يكون الإكراه على سجود الصم أو الصليب مثلا ، ولا يصح التورية بهذا المعنى فيه . في أحكام القرآن . قال محمد بن الحسن : إذا أكره الكفار أن يشتم محمدا صلى الله عليه وسلم فخطب بباله أن يشتم محمدا آخر غيره فلم يشتم ولم يفتل وقد شتم النبي عليه الصلاة والسلام كان كافرا ، وكذلك لو قيل له لتسجدن لهذا الصليب فخطب بباله أن يسجد للصليب كان كافرا ، فإن أصحله من الروية ولم يخطب بباله شيء ففعل ما أكره عليه أو قال لم يكن كافرا إذا كان قلبه مطمئنا بالإيمان انتهى (قوله على المعنى الثاني) أقول : يعنى هذا التردد والتوسية بين كونه موريا أو غيره في التورية بالمعنى الثاني لا الأول فإنه لا بد منه (قوله لأن أدنى درجات الأمر بالإباحة) (التبع) أقول : فيه بحث ، فإنه قد يكون الأمر للترخيص . قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي : الأمر بالشيء لا يني الحظر ، فإن المحظور قد يرخص بصيغة الأمر حتى لا يقع في محذور فوقه كالخث في العيى وقطع الصلاة ، إلى آخر ما ذكره هناك ، فلم لا يجوز أن

ولأن هذا الإظهار لا يفوت الإيمان حقيقة لقيام التصديق ، وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسهل الميل إليه . قال (فإن صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا) لأن خيبياً رضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء ، وقال في مثله « هو رفيق في الجنة » ولأن الحرمة باقية ، والامتناع لإعزاز الدين عزيمة ، بخلاف ما تقدم للاستثناء .

بالتكلم بكلمة الشرك إلى هنا كلامه (قوله ولأن هذا الإظهار لا يفوت الإيمان حقيقة لقيام التصديق ، وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسهل الميل إليه) قال صاحب الناية في شرح هذا المقام : قوله ولأن هذا الإظهار دليل معقول . ووجهه أن الإيمان لا يفوت بهذا الإظهار حقيقة لأن الركن الأصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة ، والإقرار ركن زائد وهو قائم تقديرًا ، لأن التكرار ليس بشرط ، وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما فيسهل الميل إلى إحياء حقه اه كلامه . أقول : في تقريره خلل . أما أولا فإن قوله لأن التكرار ليس بشرط في تعطيل قوله وهو قائم تقديرًا ليس بسديد ، لأن عدم اشتراط التكرار لا يستدعي قيام الإقرار تقديرًا ، إذ لا بد فيه من أن لا يطرأ عليه ما يضاذه كما تقرر في موضعه ، والمفروض هاهنا طريانه عليه ، إذ الكلام في إظهار كلمة الكفر وهو مضاد للإقرار باللسان . فإن قلت : إظهارها إكراها لإيضاده الإقرار طواعية ، وإنما يضاذه إظهارها طواعية . قلت : هذا مبنى على جواز إظهارها حالة الإكراه وهو أول المسئلة ، فأخذه في أثناء إقامة الدليل عليها مصادرة فهذا ظهر سقوط ما قاله بعض الفضلاء هلنا إنه ككلام الناسي وجوده بمنزلة العدم ، فإنه أيضا مبنى على أول المسئلة فيستلزم المصادرة . وأما ثانيا فلأن قوله فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا ، وفوت حق الله تعالى توهما يشعر بعدم فوت حق الله تعالى حقيقة هاهنا أصلا ، وليس كذلك إذ لو لا فوت حقه تعالى حقيقة أصلا لما كان مأجورا فيما إذا صبر حتى قتل ، ولا نسلم قول المصنف فيها سيئا ، ولأن الحرمة باقية ، إذ الظاهر أن الحرمة لا تثبت بمجرد توهم فوت حقه تعالى بدون أن يفوت حقيقة ، بل التحقيق أن إجراء كلمة الكفر على اللسان حرام في كل حال لا يسقط عنه الحرمة أصلا ، وأن فيه ترك حق من حقوق الله تعالى ، بل هو كفر صورة في حالة الإكراه ، وكفر صورة ومعنى في حالة حصة الاختيار كما صرح به في كتب الأصول ، إلا أن المبتلى بالإكراه عليه يصير معلوما حالة الإكراه فيسهل الميل إليه عند طمأنينة القلب إحياء لحقه مع بقاء حرمة أبدا (قوله ولأن الحرمة باقية ، والامتناع لإعزاز الدين عزيمة ، بخلاف ما تقدم للاستثناء) واعترض عليه بأن إجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله - إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان -

لأن الكفر لا تنكشف حرمة وموضعه أصول الفقه (قوله ولأن هذا الإظهار دليل معقول . ووجهه أن الإيمان لا يفوت بهذا الإظهار حقيقة) لأن الركن الأصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة ، والإقرار ركن زائد وهو قائم تقديرًا لأن التكرار ليس بشرط (وفي الامتناع فوت النفس حقيقة) فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما (فيسهل الميل إلى إحياء حقه ، فإن صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل كان مأجورا ، لأن خيبياً رضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب ، وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء ، وقال في مثله) أى فيه وكلمة مثل زائفة (هو رفيق في الجنة) وقصته معروفة أيضا (ولأن الحرمة باقية) لتنتهي قبيل الكفر وبقاؤها يوجب الامتناع (فكان الامتناع عزيمة لإعزاز الدين ، بخلاف ما تقدم من أكل الميتة وشرب الخمر ، فإن الحرمة هناك لم تكن باقية) للاستثناء) كما تقدم . واعترض بأن إجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله - إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان - من قوله - من كفر بالله من بعد إيمانه - فينبغي أن يكون مباحا كآكل الميتة وشرب الخمر . وأجيب بأن في الآية تقدما وتأخيرا ، وتقديره : من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح بالكفر صدرا فعلميم غضب من الله ولم عذاب عظيم إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ، فالله تعالى ما أباح إجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الإكراه ، وإنما

يكون ما ذكره هنا كذلك غلبا لأن فكلام مجالا (قوله لأن التكرار ليس بشرط) أقول : نعم ، إلا أن عدم طريانه متناهية شرط وهاهنا قد طرأ . والجواب أنه فكلام للناسي وجوده بمنزلة العدم (قوله وأجيب بأن في الآية تقدما وتأخيرا ، وتقديره من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح بالكفر صدرا ، إلى قوله : إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان) أقول : ينس لاسم أن الاستثناء ما ذكر ثم لم يجوز أن

قال (وإن أكره على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك) لأن مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة الحمصة وقد تحققت (ولصاحب المال أن يضمن المكروه) لأن المكروه آلة للمكروه فيما يصلح

من قوله - من كفر بالله من بعد إيمانه - فينبغي أن يكون مباحا كآكل الميتة وشرب الخمر . وأجيب بأن في الآية تقديم وتأخير وتقديره : من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح بالكفر صدرا فعليه غضب من الله ولم عذاب عظيم إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ، فالله تعالى ما أباح إجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الإكراه ، وإنما وضع عنهم العذاب والغضب ، وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة ، لأنه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض ، فإن السبب موجود والحكم متأخر ، فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت إباحة إجراء كلمة الكفر ، كذا في عامة الشروح . وعزاء في النهاية إلى مبسوط شيخ الإسلام . قال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب : وفيه نظر ، لأن المراد بالعلة إن كان هو المصطلح فذلك يمنع التخلف على الحكم الذي هو معلوله ، وإن كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فإنما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيرها كما في المثال المذكور من قوله تعالى - ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر - ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك اهـ . أقول : هذا النظر ساقط جدا ، فإنه يصح أن نخاركل واحد من شقي الترديد ولا يلزم مخلو أصلا ، إذ يجوز أن يراد بالعلة ما هو المصطلح عليه في علم الأصول ، وهو ما كان خارجا عن الشيء مؤثرا فيه . قوله فذلك يمنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله ممنوع ، فإن وجوب مقارنه العلة الشرعية للمعلول إنما هو في بعض أقسامها ، وهو ما كان علة اسما ومعنى وحكما دون بعضها الآخر وهو ما كان علة اسما فقط أو اسما ومعنى كما تقرر ذلك كله في علم الأصول ، فيجوز أن تكون العلة فيما نحن فيه من قبيل الثاني فلا يمنع التخلف ، ويجوز أن يراد بها السبب الشرعي كما هو للظاهر من التمثيل ، وهو ما كان خارجا عن الشيء

وضع عنهم العذاب والغضب ، وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لأنه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فإن السبب موجود والحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت إباحة إجراء كلمة الكفر . وفيه نظر لأن المراد بالعلة إن كان هو المصطلح فذلك يمنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله ، وإن كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فإنما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيرها كما في المثال المذكور من قوله تعالى - ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر - ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك . وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي إلى أن الأمر في قوله عليه الصلاة والسلام « فإن عادوا فعد » للإباحة ، وقولهم لأن الكفر عما لا ينكشف حرمة صحيح ، ولكن الكلام في إجراء كلمة الكفر مكرها لا في الكفر . قال (وإن أكره على إتلاف مال مسلم) وإن أكره رجل على إتلاف مال مسلم (بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه جاز له أن يفعل ذلك ، لأن مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة الحمصة وقد تحققت ، ولصاحب المال أن يضمن المكروه لأن المكروه آلة للمكروه فيما يصلح

يكون من قوله تعالى - فعليه غضب من الله ولم عذاب عظيم - لكنه فصل منه المنع بعض التفصيل . وأنت خير بأن اعتبار التقديم والتأخير خلاف الظاهر لا يصار إليه إلا لدليل (قوله كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض) أقول : أظهر أن يقول كما في صورة الشوق فإن الحكم فيما ذكره ليس معلوما بل متراح ، نعم هو معلوم الآن (قوله وفيه نظر لأن المراد بالعلة إن كان هو المصطلح فذلك يمنع التخلف) أقول : ذلك في العلة اسما ومعنى وحكما دون العلة اسما فقط أو اسما ومعنى كما فصل في الأصول (قوله ومن هذا ذهب أبو بكر الرازي إلى أن الأمر في قوله عليه الصلاة والسلام « فإن عادوا فعد » للإباحة) أقول : فاك في أحكام القرآن : وقول النبي عليه الصلاة والسلام لمبار رضى الله عنه « إن عادوا فعد » إنما هو على وجه الإباحة لاجل وجه الإيجاب ولا على وجه التنب . روى القاضي في تفسيره هنا القلت : فإن عادوا فعد لم يما قلته ، وكذا غيره من المفسرين فلا مجال لما ذكره المصنف من التأويل إلا يتكلف به (قوله ولكن الكلام في إجراء كلمة الكفر مكرها لا في الكفر) أقول : إجراء كلمة للكفر كفر وإن كان مكرها غاية أنه لا يترتب حكم الكفر عليه

آلة له والإتلاف من هذا القبيل (وإن أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل ، فإن قتله كان أثماً) لأن قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة مآ فكذا بهذه الضرورة . قال (والقصاص على المكره إن كان القتل عمداً) قال رضى الله عنه : وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال زفر : يجب على المكره . وقال أبو يوسف : لا يجب عليهما . وقال الشافعي : يجب عليهما . لزفر أن الفعل من المكره حقيقة وحسا ، وقرر الشرع حكمه عليه وهو الإثم ، بخلاف الإكراه على إتلاف مال الغير لأنه سقط حكمه وهو الإثم فأضيف إلى غيره ، وبهذا يتمسك الشافعي في جانب المكره ، ويوجه على المكره أيضا لوجود التسبب إلى القتل منه ، وللتسبب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص . ولأبي يوسف أن القتل بقى مقصورا على المكره من وجه نظرا إلى التأميم ، وأضيف إلى المكره من وجه نظرا إلى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب . ولهما أنه محمول على القتل بطبعه إثارا لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بأن يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فيبقى الفعل مقصورا عليه في حق الإثم كما نقول في الإكراه على الاعتناق .

ولم يكن مؤثرا فيه بل كان موصلا إليه في الجملة . وقوله فإنما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعى يوجب تأخير ممنوع ، بل

آلة له ، والإتلاف من هذا القبيل لأن المكره يمكنه أن يأخذ المكره ويلقيه على المال فيقتله . وقوله فيما يصلح احتراز عن الأكل والتكلم والوطء فإنه فيما لا يصلح آلة له (وإن أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل ، فإن قتله كان آثما لأن قتل المسلم بغير حق مما لا يستباح لضرورة مآ فكذا بالإكراه) وهذا لا نزاع فيه . وأما وجوب القصاص ففيه أربعة أقوال بحسب القسمة العقلية ، فإنه إما أن كان يجب على المكره والمكره جميعا ، أو لا يجب على واحد منهما ، أو يجب على المكره وحده ، أو على العكس . والأول قول الشافعي رحمه الله . والثاني قول أبي يوسف رحمه الله . والثالث قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . والرابع قول زفر رحمه الله . له أن الفعل من المكره حقيقة لصدوره منه بغير واسطة وحسا فإنه معاين مشاهد ، وكذا شرعا لأنه قرّر عليه حكمه وهو الإثم ، فإيجاب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع ، بخلاف الإكراه على إتلاف مال الغير لأنه سقط حكمه وهو الإثم فلم يكن مقررا عليه شرعا فجاز إضافته إلى غيره ، وبهذا يتمسك الشافعي رحمه الله في جانب المكره ويوجه على المكره أيضا لوجود التسبب إلى القتل منه ، وللتسبب في هذا : أى في القتل حكم المباشرة عنده . كما إذا شهدا على رجل بالقتل العمد فافتص من المشهود عليه فجاء المشهود بقتله حيا فإنه يقتل الشاهدان عنده لتسبب . ولقاتل أن يقول : في كلام المصنف تسامح ، لأن دليل زفر يدل على عدم جواز إضافة القتل إلى غير المكره فكيف يجعل ذلك دليلا للشافعي وهو يضيفه إلى غيره أيضا . والجواب أن دليله يدل على عدم جواز إضافته إلى غير المكره مباشرة ، والشافعي يضيفه إلى الغير تسيبيا فلا تنافى . ولأبي يوسف رحمه الله أن القتل الحاصل من المكره يحتمل الاختصاص عليه والتصدى إلى غيره نظرا إلى دليل زفر وأبي حنيفة ومحمد رضى الله عنهم ، لأن تأميم الشارع يدل على تقرير الحكم وقصره عليه ، وكونه محمولا على الفعل يدل على أنه كالألة والفعل يتنقل عنه ، وكل ما كان كذلك كان شبهة والقصاص يندفع بها . ولهما أنه محمول على القتل بطبعه إثارا لحياته ، والحمول على الفعل بالطبع آلة له لأن الآلة هي التي تعمل بالطبع ، كالسيف فإن طبعه القطع عند الاستعمال في محل فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بأن يلقيه عليه ، والفعل يضاف إلى الفاعل لا إلى الآلة . فإن قيل : لو كان آلة لأضيف الإثم إلى للمكره كالقتل . أجب بقوله (ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فيبقى الفعل في حق الإثم مقصورا عليه كما نقول في الإكراه على الاعتناق) فإن إعناقه يتنقل إلى المكره من

ولذا قيل : الإقرار دكن زانه ، والتفصيل في الأصول (قوله والجواب أن دليله الخ) أقول : فيه بحث .

وفي إكراه الجوسى على ذبيح شاة الغير ينقل الفعل إلى المكره في الإلتلاف دون الذكاة حتى يجرم كذا هذا . قال (وإن أكرهه على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكره عليه عندنا) خلافا للشافعى . وقد مر في الطلاق . قال (ويرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد) لأنه صلح آله له فيه من حيث الإلتلاف فيضاف إليه ،

السبب الشرعى مطلقا من حيث أنه سبب يجوز تخلف الحكم عنه ، إذ لابد أن يتوسط بينه وبين الحكم علة ، فالتم تحقق تلك العلة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب ، وهذا أيضا مع كونه مقورا في علم الأصول مفهوم من نفس معنى السبب الشرعى ، فإن الإيصاف في الجملة كيف يستلزم تحقق الحكم . والمثال المذكور في الجواب ليس في معرض التعليل لتخلف الحكم عن السبب الشرعى بل هو مسوق لمجرد التمثيل ، فتحقق دليل شرعى يدل على جواز تأخير الحكم هناك لا يقتضى قيام دليل شرعى على جواز ذلك في كل صورة على حدة ، على أنه يمكن أن يجعل حديث خبيب دليلا على بقاء الحرمة فيما نحن فيه بعد أن نفي حكمه وهو الغضب ، فإن خبيبا رضى الله عنه لما أكره على إظهار كلمة الكفر فصر ولم يظهرها حتى قتل مدحه رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث مياه سيد الشهداء وقال « هو رفيق في الجنة » ولو لم تبق الحرمة أبدا في إظهار كلمة الكفر لما وسعه الصبر على ما توعد به من القتل ، ولما استحق الملح في ذلك لأن في الامتناع عن المباح في تلك الحالة إغاة الغير على إهلاك نفسه وهي حرام ، فيلزم أن يأثم بذلك كما في حالة المحمصة كما مر (قوله ويرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد لأنه صلح آله له فيه من حيث الإلتلاف فيضاف إليه) قال في العناية : ومنع صلاحته لذلك لأن الإلتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آله له في حق التلفظ فكذا في حق ما يثبت في ضمنه . وأجيب بأن الإعتاق إلتلاف وهو يصلح آله له فيه ، والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما في إعتاق الصبي فيصح أن يكون آله بالنسبة إلى الإلتلاف دون التلفظ اهـ . أقول : فيه نظر ، لأن الانفكاك في إعتاق الصبي إنما هو من جهة ثبوت التلفظ بدون ثبوت الإعتاق ، وذلك لا ينافي ثبوت الإعتاق في ضمن التلفظ

حيث إلتلاف مالية العبد حتى وجبت عليه قيمة العبد ويقتصر عليه من حيث التكلم ، فإنه لو انتقل إليه من حيث التكلم أيضا لم يمتنع العبد (و) كما نقول (في إكراه الجوسى على ذبيح شاة الغير ، فإن الفعل ينقل إلى المكره من حيث الإلتلاف دون الذكاة حتى يجرم كذا هذا) وإذا ظهر أن المكره آله للمكره في القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من أصابته غمضة فقتل إنسانا وأكل لحمة حتى بقى هو حيا إثارا لحياته بعلبه فإنه يجب عليه القصاص وإن كان مضطرا كالمكره لأنه ليس ثمة من يكون آله له فيضاف إلى نفسه . واعلم أن صاحب النهاية رحمه الله قال : سواء كان هذا المكره الأمر عاقلا أو ممثلا أو غلاما غير بالغ فالقود على الأمر ، وعزاه إلى المبسوط ، ونسبه شيخ علاء الدين عبد العزيز رحمه الله إلى السهو وقال : الرواية في المبسوط بفتح الراء دون كسرها . ونقل عن أبي اليسر في مبسوطه : ولو كان الأمر صبي أو مجنون لم يجب القصاص على أحد لأن القاتل في الحقيقة هذا الصبي أو المجنون وهو ليس بأهل لوجوب العقوبة عليه . قال (وإن أكرهه على طلاق امرأته) وإن أكرهه الرجل على طلاق امرأته (أو) على عتق عبده ففعل ذلك وقع ما أكرهه عليه عندنا خلافا للشافعى رحمه الله) فإن تصرفات المكره كلها باطلة ، إلا أن يكون إكراها بحق (وقد مر) دليل الفريقين (في الطلاق ، ويرجع على المكره بقيمة العبد لأنه صلح آله له فيه من حيث الإلتلاف فيضاف إليه) ومنع صلاحته لذلك لأن الإلتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ ، وهو لا يصلح آله له في حق التلفظ فكذا في حق ما يثبت في ضمنه . وأجيب بأن الإعتاق إلتلاف وهو يصلح آله له فيه ، والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما في إعتاق الصبي فيصح أن يكون آله بالنسبة إلى الإلتلاف دون التلفظ ، وإذا صح

(قوله ونسبه شيخ علاء الدين عبد العزيز إلى السهو) أقول : يريد شيته الإمام العلامة قوام الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد السكاكي مصنف مراجع الرواية في شرح الهداية (قوله ومنع صلاحته لذلك) أقول : أشار بقوله لذلك إلى قوله صلح آله له من حيث الإلتلاف (قوله والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما في إعتاق الصبي) أقول : فيه تأمل ، فإن الذي ثبوت الإعتاق لا في ضمن التكلم كما إذا ورث القريب .

فله أن يضمه موسرا كان أو معسرا ، ولا سعاية على العبد لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ،

البتة ، وإنما بنافيه عكس ذلك وهو أن يثبت الإعتاق بدون ثبوت التلطف ، وهذا غير متحقق في صورة إعتاق الصبي فلم يتم التمثيل ولا التقريب . وكان بعض الفضلاء تنبه للملاحظة قال : فيه تأمل ، فإن الذي يهتما ثبوت الإعتاق لا في ضمن التكلم كما إذا ورث التقريب اهـ . أقول : لكن فيه أيضا خلل ، فإن الثابت في صورة إن ورث التقريب إنما هو العتق دون الإعتاق كما صرحوا به قاطبة ، وقد مر في كتاب الولاء مفسلا . والكلام هاهنا في الإعتاق دون مجرد العتق كما لا يخفى . فلا يتم التمثيل بتلك الصورة أيضا ولا بالتقريب . ثم أقول : لافائدة لحديث الانفكاك أصلا في الجواب هاهنا فإن كون ثبوت الإعتاق فيها نحن فيه في ضمن التلطف أمر مقرر لا يقبل الإنكار ، فيكون مدار الورد السؤال المذكور لا محالة . ولا ينبغي شيئا في دفعه انفكاك الإعتاق عن التلطف في صورة أخرى . فالحق عندى في الجواب أن يقال : لا يلزم من عدم صلاحية المكره للآية في حق التلطف عدم صلاحيتها لها في حق مائت في ضمنه وهو الإعتلاف ، لأن عدم صلاحيتها لها في حق التلطف لعله امتناع التكلم بلسان الغير ، وهى غير متحققة في حق مائت في ضمنه من الإعتلاف ، فإن المكره يمكنه أن يأخذ المكره ويلقيه على المال فينتقله كما صرحوا به فيما مر (قوله فله أن يضمه موسرا كان أو معسرا) لأنه ضيان إعتلاف فلا يختلف باليسار والإعصار . كذا في الكافي وغيره . فإن قيل : ينبغي أن لا يضم المكره لأنه أتلف بعوض حصل للمكره وهو الولاء ، والإعتلاف بعوض كلا إعتلاف . أجيب بأن الإعتلاف بعوض إنما يكون كلا إعتلاف إذا كان البعوض مالا ، كما لو أكرهه على أكل طعام الغير فأكل فإنه لا ضيان على المكره لأنه حصل للمكره عوض ، أو كان في حكم المال كما في منافع البضع إذا أتلفها مكرها ، لأن منافعه تعد مالا عند الدخول ، والولاء ليس كذلك لأنه بمنزلة النسب ؛ ألا ترى أن شاهدى الولاء إذا رجعا لا يضمنان ، كذا في الشروح . أقول : هذا الجواب يشكل بما لو أكرهه على شراء ذى رحم منه فعنت عليه فإن المكره لا يرجع هناك بقيمة العبد على المكره بناء على أنه حصل له عوض هو صلة الرحم ، نص عليه في البدائع ، ولا يذهب عليك أن صلة الرحم ليست بمال كالولاء ، أما حقيقة فظاهر ، وأما حكما فلا لأنه لم يقتل به أحد كما قالوا في منافع البضع عند الدخول فتأمل (قوله ولا سعاية على العبد لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما) بخلاف المريض إذا اعتق

كونه آلة محض الإضافة إليه (فله أن يضمه موسرا كان أو معسرا ، ولا سعاية عليه) أما وجوب الضمان فعبا إذا قال المكره أردت بقولى هو حر عتقا مستقبلا كما طلب منى فإنه يعتق العبد قضاء وديانة . ويضمن المكره قيمة العبد لأنه أتى بما أمره به على وفق ما أكرهه ، وكذا إذا قال لم يخطر ببالى سوى الإتيان بطلوبه ، وإن قال خطر ببالى الإخبار بالحرية فيما مضى كاذبا وأردت ذلك لا إنشاء الحرية جتى العبد قضاء لادبائه لأنه عدل عما أكرهه عليه فكان طائعا . في الإقرار فلا يصدق القاضى في دعوى الإخبار كاذبا ، ولا يضمن المكره شيئا لأن العبد عتق بالإقرار طائعا لا بالإكراه . فإن قيل : ينبغي أن لا يضمن المكره لأنه أتلف بعوض وهو الولاء ، والإعتلاف بعوض كلا إعتلاف . فالجواب أنا لانسلم أن الولاء عوض لأن سببه العتق على ملك المولى فكيف يكون المكره موعضا عما أتلفه بما لا تعلق له به أصلا . سلمناه ولكن إنما يكون كلا إعتلاف إذا كان العوض مالا كما لو أكرهه على أكل طعام الغير فأكل فإنه لا ضيان على المكره لأنه حصل للمكره عوض ، أو في حكم المال كما في منافع البضع إذا أتلفها مكرها لأن منافعه تعد مالا عند الدخول ، والولاء ليس كذلك لأنه بمنزلة النسب ؛ ألا ترى أنه إذا شهدا بالولاء لم رجعا لا يضمنان . وأما عدم السعاية فلا تجب للتخريج إلى الحرية) كما هو مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه أن المستسمى كالمكاتب وقد خرج فلا يمكن تخريجه ثانيا (أو لتعلق حق الغير) ولم يتعلق بالعبد حق الغير فلم يوجد شيء .

(قوله فكيف يكون المكره موعضا عما أتلفه بما لا تعلق له به أصلا) أقول : وكذا طعام الغير ومنافع البضع لا تعلق لها بالمكره فالسعد أم ، ولله لذلك بادر إلى التسليم .

ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لأنه موأخذ بإتلافه . قال (ويرجع بنصف مهر المرأة إن كان قبل الدخول . وإن لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة) لأن ما عليه كان على شرف السقوط بأن جاءت الفقرة من قبلها ، وإنما يتأكد بالطلاق فكان إتلاف المال من هذا الوجه فيضاف إلى المكره من حيث أنه إتلاف ، بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق (ولو أكرهه على التوكيل بالطلاق والعناق ففعل الوكيل جاز استحساناً) لأن الإكراه موثر في فساد العقد ، والوكالة لا تبطل

عنده وعليه دين . لأن السعاية تجب ثمة لحق الغرماء ، وبخلاف الرأى إذا اعتق المهرن وهو معسر فإنه تجب السعاية لحق المرتن ، كذا في الكافي وعامة الشروح . قال صاحب العناية بدل ذلك : بخلاف ما إذا كان العبد مهرن فأكرهه الرأى على إعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتن به . أقول : لم أر ما ذكره من وجوب السعاية على العبد إذا أكرهه الرأى على إعتاقه في شيء من كتب الفقه سوى شرح تاج الشريعة لهذا الكتاب فإنه قال فيه هاتنا : ولا يتعلق بالعبد حق الغير أيضاً حتى يحتاج إلى السعاية لذلك مثل أن يكون مهرن فأكرهه الرأى على إعتاقه وهو معسر فحيث يجب على العبد السعاية لتعلق حق المرتن بقرينة ، وأما هاتنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شيء . ولعله غلط وقع من تاج الشريعة فاعترض به صاحب العناية ، لأن مجرد تعلق حق الغير بالعبد لا يوجب السعاية عليه ، بل لابد من أن لا يقدر معتقه على إيفاء ذلك الحق ولهذا قالوا : إذا اعتق الرأى العبد للمهرن وهو معسر تجب السعاية على العبد لحق المرتن حيث زادوا قيد الإعسار . ولا يلحق أن الرأى فيها إذا أكرهه على إعتاق عبده المهرن ففعل لا يقدر على إيفاء حق المرتن بما ضمنه المكره من قيمة ذلك العبد

من موجبي السعاية . بخلاف ما إذا كان العبد مهرن فأكرهه الرأى على إعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتن به ، وهذا على مذهب أبي حنيفة سالم عن النقص ، وأما على مذهبنا فإنه ينتقض بما إذا اعتق المحجور عليه بالسفه فإنه يعتق ويجب عليه السعاية ، وقد أعتق ملكه ولا حق لأحد فيه ، ويزاد لهما في التحليل فيقال عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه (ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لأنه موأخذ بإتلافه) يعني أن المكره إنما يضمن من حيث أنه جعل متلفاً للعبد حكماً ، فكانه قتله والمقتول لا يضمن شيئاً . قال (ويرجع بنصف مهر المرأة) الجواب فيها إذا أكرهه على طلاق امرأته وقد سعى لها مهراً ، إلا أنه لم يدخل بها نظير الجواب فيها إذا أكرهه على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ورجوع الزوج على المكره ، إلا أن الرجوع هاتنا بنصف الصداق وثمة بقيمة العبد ، وإن لم يسم رجوع على المكره بما لزمه من المتعة لأن العلة في الكل واحدة وهو الإتلاف . أما في العتق فقد تقدم . وأما في الطلاق فلنقله لأن ما عليه : أى على الزوج كان على شرف السقوط بأن جاءت الفقرة من قبلها بتمكين ابن الزوج منها بغير إكراه ، أو بالارتداد والعياذ بالله تعالى ، وما كان عليه تأكد بالطلاق مكرهاً ، فما كان على شرف السقوط تأكد به ولتأكيد شبه بالإيجاب ، فكانه أوجب على المكره ذلك ابتداء فكان إتلاف المال من هذا الوجه ، والمكره في حق الإكراه بمنزلة الآلة فيضاف إلى المكره من حيث أنه إتلاف ، بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق فيبقى مجرد إتلاف ملك النكاح ، وهو ليس بمال عند الخروج ، وما ليس بمال لا يضمن بمال - ألا ترى أن الشاهدين إذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان (ولو أكرهه على التوكيل بالطلاق والعناق ففعل الوكيل) أى طلق أو عتق (فهو جائز استحساناً) وللقياس أن لا يجوز لأن الوكالة تبطل بالغرل فكذا مع الإكراه . وجه الاستحسان أن الإكراه موثر في فساد العقد فكان كالشرط الفاسد ، والشرط الفاسد لا يؤثر في فساد الوكالة . أما أنه كالشرط

(قوله بخلاف ما إذا كان العبد مهرن فأكرهه الرأى على إعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية) أقول : إن ثبت الرواية في هذه المسئلة فلا كلام ، وإلا فينبغي أن لا تجب السعاية على العبد بل يكون ما ضمنه المكره المكره هاتنا بدل العبد فليتأمل (قوله ولا يتعلق به حق الغير) أقول : أراد من الغير الورقة أو الدائن في المريض وأراد المرتن في الرهن (قوله نظير الجواب فيها إذا أكرهه على عتق العبد في حق وقوع الطلاق)

بالتشروط الفاسدة ، ويرجع على المكره استحسانا لأن مقصود المكره زوال ملكه إذا باشر الوكيل ، والنظر لا يعمل فيه الإكراه لأنه لا يحتمل النسخ ، ولا رجوع على المكره بما لزمه لأنه لا مطالب له في الدنيا فلا يطلب به فيها ، وكذا العين ، والظاهر لا يعمل فيها الإكراه لعدم احتمالها النسخ ، وكذا الرجعة والإيلاء والتي فيها بالسان لأنها تصح مع الهزل ، والخلع من جانب طلاق أو يمين لا يعمل فيه الإكراه ، فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البذل لرضائها بالاتزام .

فإن له أن يضمته إياها لما ذكر في الكتاب فكان ينبغي أن لا تجب السعاية على العبد . ثم إن قول صاحب العناية بخلاف ما إذا كان العبد مرهونا فآكره الراهن على إعتاقه الخ لا يكاد يصح هاهنا لأن تلك الصورة داخلية هاهنا في إطلاق ما نحن فيه من مسئلة الكتاب فكيف يصح الحكم بالخالفه بينها وبين ما نحن فيه ، بخلاف الصورتين المذكورتين في الكافي وعامة الشروح فإنهما مستثانتان مغايرتان لما نحن فيه ، فيصح الحكم بالخالفه بينهما وبين ما نحن فيه ، وكذا قول تاج الشريعة . وأما هاهنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد الخ ليس بسديد ، فإنه بشر بالخالفه أيضا بين تلك الصورة وبين ما نحن فيه ، مع أنها داخلية في إطلاق ما نحن فيه كما لا يخفى ، وأيضا لو وجب السعاية على العبد في الصورة المزبورة لا تنقض بها ما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله من

الفاسد فلما تقدم أنه يعدم الرضا فيفسد به الاختيار فصار كأنه شرطا شرطا فاسدا فإنه يفسد العقد ولا يمنع الانقضاء . وأما أن الوكالة لا تنفسد بالتشروط الفاسدة فلأنها من الإسقاطات ، فإن تصرف الوكيل في مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالتوكيل أسقطه ، فإذا لم يفسد كان تصرف الوكيل نافذا (ويرجع المكره على المكره) بما عزم من نصف الصداق وقيمة العبد (استحسانا) والقياس أن لا يرجع لأن الإكراه وقع على الوكالة ، وزوال الملك لم يقع بها ، فإن الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف التلف إليه ، كما في الشاهدين شهدا أن فلانا وكل فلانا بعثت عبده فأعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا . وجه الاستحسان أن مقصود المكره زوال ملكه مباشرة الوكيل وقد حصل ذلك ، وكان ما فعله وسيلة إلى الإزالة فيضمن ، ولا ضمان على الوكيل لأنه لم يوجد منه إكراه (قوله والتدر لا يعمل فيه الإكراه) بيان لما يعمل فيه الإكراه وما لا يعمل فيه ، وضابط ذلك أن كل ما لا يؤثر فيه النسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الإكراه من حيث منع الصحة . لأن الإكراه يفوت الرضا وفوات الرضا يؤثر في عدم الزوم وعدم الزوم يمكن المكره من النسخ ، فالإكراه يمكن المكره من النسخ بعد التحقق ، فما لا يحتمل النسخ لا يعمل فيه الإكراه فيصح التدر مع الإكراه ، فإن أكره على أن يوجب على نفسه صدقة لزمه ذلك (ولا يرجع على المكره بما لزمه لأنه غير مطالب به في الدنيا فلا يطلب به غيره فيها ، وكذا إذا أكره على يمين) فحلف انقضت (أو على ظاهر) فظاهر صح (وكذا على رجعة) ففعل صح (أو على إيلاء قالى أو على في إليها بالسان) ففعل صح (لأنها) أي الرجعة والإيلاء والتي (تصح مع الهزل) وما صح مع الهزل لا يحتمل النسخ ، فإن أكره على إعتاق عبده عن كفارة العين أو الظهار ففعل أجزأه عنها ولم يرجع على المكره بقيمة لأنه أمره بالخروج عما لزمه وذلك منه حسي لا إلتلاف بغير حق ، وإن عين عبدا لذلك ففعل حتى ولم يجز عن الكفارة ويرجع على المكره بقيمة لأنه أتلف عليه مالية العبيد حيث لم يكن بعينه مستحقا عليه . وإذا ثبت له الرجوع لم يكن كفارة لأنها ليست بمضمونة على أحد ، وإن ترك التي آلى منها أربعة أشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ، ولا يرجع به على المكره لأنه كان متمكنا من القربان في المدة ، فإذا لم يفعل كان ذلك رضا منه بما لزمه من الصداق ، وإن قربها وكثر لم يرجع على المكره بشيء ، لأنه أتى بضمه ما أكرهه عليه ، وإن أكرهه على أن يتنخل امرأته ففعل صح الخلع لأنه من جانب الزوج طلاق وهو ظاهر ، والإكراه لا يمنع وقوع الطلاق بلا بطل فكذا يبدل أو يمين لوجود الشرط والخراء والعين لا يعمل فيه الإكراه (فلو كان مكرها على الخلع دونها لزمها البذل لرضائها بالاتزام) يلزمه ما سلم لها

أقول : الأظهر أن يقول في حق وقوع المكره عليه ورجوع المكره على المكره (قوله فيفسد به الاختيار) أقول : أنت خير بأن الله منا ليست في عملها ، والأحسن تبجيلها بالواو (قوله بيان لما يعمل فيه الإكراه وما لا يعمل) أقول : بيان في الأول التزاما ، وفي الثاني سريعا

قال (وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحدّ عند أبي حنيفة ، إلا أن يكرهه السلطان : وقال أبو يوسف ومحمد لا يلزمه الحدّ) وقد ذكرناه في الحدود .

أن السعاية إنما تجب على العبد للتخريج إلى الحرية ، إذ لا تخريج إلى الحرية في تلك الصورة لما ذكرنا أن العبد قد خرج إلى الحرية بالإعتاق فلا يمكن تخريجه إليها ثانياً فلزم أن لا يتم قول تاج الشريعة وصاحب العناية وغيرهما في ذيل شرح هذا المثل ، وهذا القدر من التعليل كاف على مذهب أبي حنيفة سالم عن النقض ، وأما على مذهبهما فينتقض بما إذا اعتق المحجور عليه بالسفه فإنه يعتق ويجب عليه السعاية عندهما وقد اعتق ملكه ولا حق لأحد فيه فيزاد لهما في التعليل وهو غير محجور عليه انتهى تأمل ففهم (قوله وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحدّ عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يكرهه السلطان . وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله : لا يجب الحدّ) وجه قولهما أن المعتبر في الإكراه كونه ملجئاً وذلك بقدرته المكره على الإيقاع وخوف المكره الوقوع كما مر . وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحقفاً ، لأن السلطان يعلم أنه لا يقوته فهو ذو أناة في أمره وغيره يخاف القوت بالالتجاء إلى السلطان فيعجل في الإيقاع . ووجه قوله إن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه إذ ليس فوقه من يلتجئ إليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء إلى السلطان . فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لاحق له فلا يسقط به الحد . كذا في العناية والنهاية ، وهو المطابق لما ذكره المصنف في كتاب الحدود . أقول : يتجه على الوجه المذكور من قبل أبي حنيفة

من البيئونة ، ولا شيء على المكره للزوج لأنه أناف عليه ما ليس بمال وهو النكاح فلا يضمن به . فإن قيل : إن خالها وهي غير ملموسة فاستحققت نصف المهر هل يرجع به الزوج على المكره لتأكيد ما كان على شرف السقوط أو لا ؟ قلنا : لا يغلو أما إن ساق الزوج المهر إليها كله أولاً ، فإن ساق رجوع على المكره بنصفه بالاتفاق ، أما عندهما فظاهر ، لأن الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة مما يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح . وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا نه وإن أوجب البراءة لكنها براءة مكره والبراءة مع الإكراه لا تنصح ، وإن لم يسق رجوع عندهما خلافاً له لأنه غير مكره في هذه الصورة على البراءة . قال (وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحدّ) قال أبو حنيفة أولاً : إن أكرهه أحد على الزنا فزني وجب عليه الحدّ لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بانتشاراً له وذلك لا يكون إلا ببلذنة وذلك دليل الطوعية ، بخلاف المرأة فلأنها محل الفعل ، ومع الخوف يتحقق التحكين منها فلا يكون التحكين دليل الطوعية . ثم رجع وقال : لا حدّ عليه إذا كان المكره هو السلطان ، لأن الحدّ لزجر ولا حاجة مع الإكراه ، لأن الاتزجار كان حاصلاً إلى أن حصل خوف التلف على نفسه فكان قصده بهذا الفعل دفع الملاك عن نفسه لا قضاء الشهوة ، فيصير ذلك شبهة في إسقاط الحدّ عنه ، وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لأنه أمر طبيعي ينشأ من التأمّن من غير اختيار . وهذا وجه قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله أنه لا يلزمه الحدّ . وأما تقييد الإكراه بالسلطان فقد قيل إنه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في أول هذا الكتاب ، وقيل من قبيل اختلاف الحكم . ووجه قولهما أن المعتبر في الإكراه كونه ملجئاً وذلك بقدرته المكره على الإيقاع ، وخوف المكره الوقوع كما مر ، وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحقفاً ، لأن السلطان يعلم أن لا يقوته فهو ذو أناة في أمره وغيره يخاف القوت بالالتجاء إلى السلطان فيعجل في الإيقاع . ووجه قوله أن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه ، إذ ليس فوقه من يلتجئ إليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء إلى السلطان . فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لاحق له ، ثم في كل موضع وجب الحدّ على المكره لا يحسب لها المهر . لأن الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد ، وفي كل موضع سقط الحدّ وجب المهر لأن الوطء في غير الملك لا ينفك عن أحدهما ، فإذا سقط الحد وجب المهر لإظهار الخطر المحل سواء كانت مستكره على الفعل أو أذنت له بذلك . أما الأول فظاهر لأنهما لم ترض بسقوط أحدهما . وأما الثاني فلأن الإذن له ليس محل الوطء فكان إذنها لغوا لسكونها معجورة عن ذلك شرعاً

(قوله فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر ولا حكم له) أقول : قال الإقناني : الإكراه من غير السلطان لو كان في غير المصر اعتبر بالإجماع انتهى . فقول الشارح فإن اتفق في موضع ينبغي أن يكون معناه حيثنة في موضع من المصر تدبر .

قال (وإذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه) لأن الردة تتعلق بالاعتقاد . ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالإيمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البيئونة بالشك ، فإن قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان

رحمه الله أن يقال : ندرة ذلك ممنوع ، كيف ووقوع ظفر الصومس وقطاع الطريق بالناس وعجزهم عن دفع شر هؤلاء المتغلبة سبياً في المواضع النائية عن العمران أكثر من أن تحصى ، ولئن سلم الندرة فإن لا يكون للنادر حكم فيما يندرى بالشبهات من الحدود سبياً في حد الزنا كما نحن فيه ممنوع ، إذ لا شك أن بمجرد الاحتمال تثبت الشبهة فضلاً عن الوقوع بطريق الندرة . قال في غاية البيان في هذا المقام : ودليلهما ظاهر ، لأن الكلام فيما إذا جاء من غير السلطان ما يأتي من السلطان في موضع لا مدفع له عادة ، وفي مثل هذا السلطان وغيره سواء ، ألا يرى أنه لو كان في غير المصر اعتبر بالإجماع . ولأن حنفية أن هذا مما لا يغلب عليه عادة إذا كان في المصر ، لأن الظاهر أنه يلحقه الثبوت من الناس أو من السلطان فيندفع . والحكم لا يبنى على النادر ، حتى لو كان في موضع يغلب كما في غير المصر نعتبره كذلك قال شيخ الإسلام علاء الدين في شرح الكافي انتهى . أقول : على هذا التقرير يمكن أن يتدفع منع الندرة ، ولكن يبقى منع أن لا يكون للنادر حكم فيما يندرى بالشبهات كما نحن فيه على حاله . ثم أقول : إطلاق مسألة الكتاب وإطلاقات عامة المعتربات في أن حكم الإكراه مخصوص بالسلطان عنده وعام لكل متغلب يقدر على تحقيق ما هدده به عندهما مما لا يساعد القول بأن الإكراه من غير السلطان في غير المصر معتبر بالإجماع . يظهر ذلك بالتأمل في عبارة الكتاب وتتبع سائر المعتربات . قال الإمام قاضيخان في أول كتاب الإكراه من فتاواه : الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان في قول أبي حنيفة رحمه الله ، وفي قول صاحبيه يتحقق من كل متغلب يقدر على تحقيق ما هدده به ، وعليه الفتوى انتهى . وقال في الذخيرة والمحيط البرهاني : ومن شرط صحته أن يكون الإكراه من السلطان عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما إذا جاء من غير السلطان ما يبيح من السلطان فهو إكراه صحيح شرعاً . والاختلاف على هذا الوجه المذكور في مسألة الزنا . وصورتها : غير السلطان إذا أكره رجلاً على الزنا فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يجب الحد على الزاني كأنه باشر الزنا طوعاً ، وعلى قولهما لأحد عليه ، فظن بعض مشايخنا أن الخلاف بينهم في الزنا خاصة . وأما في غيره فإكراه غير السلطان وإكراه السلطان سواء عندهم جميعاً . ومنهم من قال : الخلاف في الزنا وغيره من الأحكام أيضاً سواء . واختلفا فيما بينهم : بعضهم قال هذا اختلاف عصر وزمان . وبعضهم قال هذا اختلاف حجة وبرهان انتهى فتدبر (قوله لأن الردة تتعلق بالاعتقاد ؛ ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالإيمان لا يكفر) ويجوز أن يجعل كلامه دليلين : أحدهما أن يقال إن الردة بتبدك الاعتقاد وتبدك الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الإكراه . والثاني

(وإذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه) لأن الردة بتبدك الاعتقاد ، ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالإيمان لم يكفر ، وفي تبدكه (وكان الإيمان ثابتاً يبين فلا تثبت الردة بالشك ولا ما يترتب عليها من البيئونة ، ويجوز أن يجعل كلامه دليلين : أحدهما أن يقال إن الردة بتبدك الاعتقاد وتبدك الدليل وهو الإكراه . والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لأنه أمر منفي لا يطلع عليه إلا بترجمة اللسان وقيام الإكراه يصرف عن صفة الترجمة) فلا تثبت البيئونة) المترتبة على الكفر (بالشك ، فإن قالت المرأة قد بنت منك . وقال الرجل قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان

(قال المصنف : وإذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه) أقول : قال العلامة الزيلعي : هذا إذا قال لم يظهر ببال شيء ونويت ما طلب من وقلبي مطمئن بالإيمان فإنه حيثما لا تبين امرأته ديانة ولا قضاء لأنه لم يقر على نفسه بوجود المخلص ، وإجابة ما طلب منه في حالة الإكراه مرخص له دون غيره من الأحوال ، حتى لو غلبت بهالة أنه لو أكرهه المدعى كلمة الكفر فأجرى على لسانه وقلبي مطمئن بالإيمان كفر من ساعته لأنه رضى بإجراء كلمة الكفر على لسانه من غير إكراه ، فصار نظير ما لو أنى أن يكفر في وقت المستقبل انتهى ، وفيه بحث (قوله ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما الخ) أقول : لا فرق بين هاتين العليين في المعنى ، بل في اللفظ فقط كما لا يخفى .

فالقول قوله استحسانا . لأن اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الإكراه لايدل على التبدل فكان القول قوله . بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلما ، لأنه لما احتمل واحتمل رجحنا الإسلام في الحالين لأنه يعلو ولا يعلل ،

أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لأنه أمر مغيب لا يطلع عليه إلا بترجمة اللسان ، وقيام الإكراه بصرف عن صفة الترجمة فلا تثبت البيئونة المترتبة على الكفر بالشك انتهى . أقول : لا يدعي بل ذى فطرة سليمة أن ما قاله لغو من الكلام ، لأن ما زعمه دليلين متحدثان في المعنى . وإنما التباين بينهما في بعض الألفاظ وهو تبدل الاعتقاد في الأول واعتقاد الكفر في الثاني . ولا ريب أن تبدل اعتقاد المسلم إنما يكون باعتقاد الكفر فالتحدا معنى فاما معنى جعلهما دليلين ، وإن جعل مدار جعلهما دليلين مجرد تغايرهما في اللفظ فلا معنى لجعل كلام المصنف دليلين أيضا ، لأن الواقع في كلام المصنف هو اللفظ الثاني دون الأول كما ترى (قوله فالقول قوله استحسانا لأن اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الإكراه لايدل على التبدل فكان القول قوله) قال صاحب النهاية في حل هذا الخلل : وجه الاستحسان أن اللفظ يعنى كلمة الكفر غير موضوع للفرقة : يعنى لم يظهر منها ظهورا بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق . بل دلالة عليها من حيث أن اللفظ دليل وترجمة لما في القلب . فإن دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالة عليها دلالة مجازية ومع الإكراه لايدل على التبدل فضلا عن أن يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا كان القول قوله انتهى كلامه . أقول : فيه خلل ، فإن قوله فإن دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالة عليها دلالة مجازية لا يكاد يتم . إذ لا بد في المجاز من كون اللفظ مستعملا في المعنى المجازي ، ولا شك أن اللفظ هاهنا وهو كلمة الكفر غير مستعمل في الفرقة لاحقيقة ولا مجازا ، وإنما هي : أى الفرقة أثر لازم لمعنى اللفظ وهو الاعتقاد الرديء ، فلم تكن دلالة اللفظ عليها مجازية بل كانت الزامية محضة . فكان انضمامها من اللفظ بطريق الاستيعاب لا بطريق الأصالة فصارت من قبيل مستبهمات الألفاظ المغايرة للحقيقة والمجاز على ما عرف في علم البلاغة . فإن قلت : يجوز أن يراد بالمجازية هاهنا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي إلى أى شيء كان ، لا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي إلى المعنى المجازي فقط فضع مستبهمات الألفاظ أيضا . قلت : هذا المعنى مع كونه مخالفا للعرف والاصطلاح بالكلية يأباه جدا قوله من قيل : يعنى لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة فتأمل . فالوجه المجهل المفيد المطابق للمشروح ما ذكره صاحب النهاية معزيا إلى الإيضاح حيث قال : وجه الاستحسان أن هذه الفظة غير موضوعة للفرقة ، وإنما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد ، والإكراه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقة ، كذا في الإيضاح اهـ . (قوله بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلما ، لأنه لما احتمل واحتمل رجحنا الإسلام في الحالين لأنه يعلو ولا يعلل) يعلى قال صاحب النهاية : وكان هذا إشارة إلى إقالة الإمام أبو منصور الماتريدي وهو المنقول عن أبي حنيفة رضى الله عنه : إن الإيمان هو التصديق ، والإقرار باللسان شرط لإجراء الأحكام ، وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه ، فإهم يعملون الإقرار ركننا انتهى . أقول : فيه نظر ، فإن ما ذكر في الكتاب كيف يكون إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماتريدي

فالقول قوله استحسانا) وفي القياس : القول قولها فضع الفرقة . لأن التكلم بكلمة الكفر سبب لحصول البيئونة كالتكلم بالطلاق فيستوى فيه الطائع والمكروه كما في الطلاق . وجه الاستحسان (أن اللفظ) يعنى كلمة الكفر (غير موضوع للفرقة) يعنى لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالة عليها من حيث أن اللفظ دليل وترجمة لما في القلب . فإن دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالة عليها دلالة مجازية ، ومع الإكراه لايدل على التبدل فضلا عن أن يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه (لهذا) كان القول قوله بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلما لأنه لما احتمل أن يكون لفظه يوافق اعتقاده (واحتمل) أن لا يكون لفظه (رجحنا الإسلام في الحالين) قيل أى في حال الإكراه على الردة والإكراه على الإسلام (لأن الإسلام يعلو ولا يعلل) فلم يعمل كافرا في الصورة الأولى

وهذا بيان الحكم ، أما فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقد فليس بمسلم ، ولو أكره على الإسلام حتى يحكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دائرة للقتل . ولو قال الذي أكره على إجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماضٍ ولم أكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة . لأنه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه ، وحكم هذا الطائع ما ذكرناه . ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء ، لأنه أقر أنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره . وعلى هذا إذا أكره على الصلاة للصليب وسب محمد النبي عليه الصلاة والسلام ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمد آخر غير النبي عليه الصلاة والسلام بانت منه قضاء لا ديانة ، ولو صلى للصليب وسب محمد النبي عليه الصلاة والسلام وقد خطر ببالي الصلاة لله تعالى وسب غير

مع تمسكه على المذهبين معا ، بل تمسكه على المذهب الثاني أظهر في حال الإكراه على الإسلام ، لأن الإقرار إذا كان ركنا من الإيمان كان المكروه على الإسلام آتيا بأحد ركنيه فيظهر وجه الحكم بإسلامه ، فإنه لما تحقق أحد ركني الإسلام مع عدم الجزم بانتفاء الآخر حكما بوجود الإسلام ترجيحا لخانيه ، بخلاف ما إذا كان الإيمان هو التصديق وكان الإقرار شرطا لإجراء الأحكام ، فإنه على هذا لا يتحقق شيء من ركني الإيمان في المكروه على الإسلام ، وإنما يكون المتحقق فيه ما هو خارج عن حقيقة الإيمان شرط لإجراء الأحكام ، فوجه الحكم بالإسلام بمجرد تحقق ما هو شرط لإجراء أحكامه لا يظهر ظهوره في الأول . لا يقال : كيف يتمشى ما في الكتاب على المذهب الثاني في حال الإكراه على الردة ، وعلى تقدير أن يكون الإقرار ركنا من الإيمان يلزم أن يثبت حكم الردة بإجراء كلمة الكفر على اللسان لأنه ينتفي الإقرار إذ ذاك ، وانتفاء ركن واحد يستلزم انتفاء الكل لامعالة . لأننا نقول : إن من قال بأن الإقرار ركنا من الإيمان لم يقل إنه ركن أصلي منه كالتصديق ، بل قال : إنه ركن زائد والتصديق ركن أصلي ، وفسر معنى كونه ركنا زائدا بأن الشارع اعتبره في وجود المركب ، لكن إن عدم بناء على

وجعل مسلما في الصورة الثانية ترجيحا للإسلام (وهنا في حق الحكم ، أما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقد الإسلام فليس بمسلم) وكان هذا إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماتريدي وهو المنقول عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن الإيمان هو التصديق ، والإقرار باللسان شرط لإجراء الأحكام ، وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فإنهم يجعلون الإقرار ركنا (ولو أكره على الإسلام حتى يحكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة) أي شبهة عدم الارتداد لجواز أن يكون التصديق غير قائم بقلبه عند الشهادتين (والشبهة دائرة للقتل) (قوله ولو قال الذي أكره) معطوف على قوله وقال هو قد أظهرت ذلك : يعني لو قال في جواب قولها قد بنت منك أخبرت عن أمر ماضٍ ولم أكن فعلت بانت منه قضاء لا ديانة لأنه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه لأنه أكره على الإنشاء دون الإقرار . ومن أقر بالكفر طائعا ثم قال عنت به الكذب لا يصدق القاضي لأنه خلاف الظاهر ، إذ الظاهر هو الصلح حالة الطوعية ، لكنه يصدق ديانة لأنه ادعى ما يحتمله لفظه ولو قال أردت ما طلب مني من الكفر وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت قضاء وديانة لأنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره) لأنما خطر هذا بباله أمكنه الخروج عما اجتنب به بأن ينوي ذلك ، والضرورة قد اندفعت بهذا الإمكان . فإذا لم يفعل وأنشأ الكفر كن أجرى كلمة الكفر طائعا على وجه الاستخفاف مع علمه أنه كفر فتبين أمراته قضاء وديانة . والحاصل أن المكروه على إجراء كلمة الكفر على ثلاثة أوجه : في وجه لا يكفر لا قضاء ولا ديانة ، وفي وجه يكفر فيما جعلا ، وفي وجه يكفر قضاء يفرق القاضي بينه وبين أمراته ولم يكفر ديانة ، وذلك لأنه إذا أجراها فلما أن يخطر بباله غير ما طلب منه أو لا . والثاني هو الأول ، والأول إن خطر بباله أن يقول ذلك ويريد الإخبار عما مضى كاذبا وأراد أنه فهو الثالث ، وإن لم يرد فهو الثاني . وإذا ظهر لك هذا

(قوله وكأن هذا إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماتريدي) أقول : فيه بحث نخفا الإشارة لظهور أن هذا الكلام مستقيم على تقدير أن يكون الإقرار ركنا فإن الحكم به إذ هو الظاهر لنا ، وليس في كلامه ما يدل على شرطيه الحكم .

النبي عليه الصلاة والسلام بانت منه ديانة وقضاء لما مر ، وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى ، والله أعلم .

(كتاب الحجر)

ضرورة جعل الشارع علمه عفوا واعتبر المركب موجودا حكما وقد بين ذلك في كتب الأصول بما لا مزيد عليه ، فعل هذا يظهر تمثلي مافي الكتاب على هذا المذهب أيضا في حال الإكراه على الإسلام والإكراه على الكفر كما لا يخفى تأمل تقف .

(كتاب الحجر)

أورد الحجر عقيب الإكراه لأن في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجحى على موجب الاختيار ، إلا أن الإكراه لما كان أقوى تأثيرا لأن فيه سلبا عن له اختيار صحيح وولاية كاملة . بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم ، كذا في الشروح . ومن محاسن الحجر أن فيه شفقة على خلق الله عز وجل وهي أحد قطبي أمر الديانة . والآخر التعظيم لأمر الله تعالى ، وتحقيق ذلك أن الله تعالى خلق الورى وفاوت بينهم في الحجر . فجعل بعضهم أولى الرأى والتهى . ومنهم أعلام الهدى وصاييح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض أسباب الردى فإيا يرجع إلى معاملات الدنيا ، كالمجنون الذى هو عديم العقل ، والمعتوه الذى هو ناقص العقل ، فأثبت الحجر عليهما عن التصرفات نظرا من الشرع لهما ، لأن الظاهر من تصرفهما ضرر يلزمهما ، إذ ليس لهما عقل كامل يردعهما وتميز وافر يردهما ، وكذلك حجر الصبي والريق . أما الصبي ففى أول أحواله كالمجنون وفى آخرها كالمعتوه ، فإيا هو المتوقع من ضررها يتوقع فى حق الصبي . وأما الرقيق فإنه يتصرف فى مال غيره لأنه لا مال له ، ولا يستعمل من يتصرف فى مال الغير مثل استعماله فى مال نفسه عادة ، فسند باب التصرف على الرقيق بالحجر لرقه نظرا للمولى ، ثم إن الحجر فى اللغة هو المنع فإنه مصدر حجر عليه القاضى إذا منعه . وفى الشريعة هو المنع عن التصرف فى حق شخص مخصوص وهو الصغير والريق والمجنون ، كذا فى النهاية والمعانية . أقول : فيه قصور . أما أولا فلأن الحجر فى الشريعة ليس هو المنع عن أمكنك أن تخرج مسألة الصلاة للصليب وسب النبي صلى الله عليه وسلم . وقوله (لما مر) إشارة إلى قوله لأنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم نفسه مخلصا غيره ، والله أعلم بالصواب .

(كتاب الحجر)

أورد الحجر عقيب الإكراه لأن فى كل منهما سلب ولاية المختار عن الجحى على موجب اختياره ، إلا أن الإكراه لما كان أقوى تأثيرا لأن فيه سلبا عن له اختيار صحيح وولاية كاملة ، بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم ، وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي أحد قطبي أمر الديانة . والآخر التعظيم لأمر الله . وهو فى اللغة عبارة عن المنع ، وفى عرفهم هو

(كتاب الحجر)

(قوله وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي أحد قطبي أمر الديانة ، والآخر التعظيم لأمر الله تعالى ، وهو فى اللغة عبارة عن المنع) أقول : قوله هو فى اللوامين راجع إلى الحجر ، وقوله وهو راجع إلى الشفقة .

قال (الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة : الصغر ، والرق ، والجنون ، فلا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه ، ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده ، ولا تصرف الجنون المغلوب بحال . أما الصغير فلتقصد عقله ، غير أن إذن الولي آية أهليته ، والرق لرعاية حق المولى كي لا يتسلط منافع عبده . ولا يملك رقبته بتعلق الدين به ، غير أن المولى بالإذن رضى بفوات حقه ، والجنون لاجتماعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال . أما العبد فأهل في نفسه والصبي ترتب أهليته فلهذا وقع الفرق . قال (ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ، إن شاء أجازته إذا كان فيه مصلحة ، وإن شاء فسخته) لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه ، وفي الصبي والجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ، ولا بد أن يعقلا البيع لوجود ركن العقد فينقصد موقوفا على الإجازة . والجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن كان لا يرجح المصلحة على المنفعة وهو المعتوه الذي يصلح وكلاء عنه غيره كما بينا في الوكالة . فإن قيل : التوقف عندكم في البيع . أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر .

التصرف مطلقا بل هو منع عن التصرف قولاً لا فعلاً كما يفصح عنه ما ساقى في الكتاب من أن هذه المعاني الثلاثة يعنى الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الأحوال دون الأفعال . وأما ثانياً فلأن المجبور عليه غير منحصر في الصغير والرق والجنون . بل المقتضى الماسجن والمطلب الجاهل والمكاريء المقلد محجور عليهم عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله . كما صرحوا بذلك كله في عامة المعتمديات ، وساقى في الكتاب شيئا فشيئا ، فقوله في ذيل التعريف وهو الصغير والرق والجنون تفسير زائد وتقيد كاسد . وبالحيلة في التعريف المزبور تقصير من حيث إطلاق المقيد وتقيد المطلق . وقال في الكافي : الحجر في اللغة المنع . وفي الشرع منع عن التصرف قولاً بصغر ورق وجنون انتهى . أقول : فيه تدارك للمحلور الأول . ولكن يبقى المحلور الثاني على حاله كما لا يخفى ، فالأولى ما ذكر في معراج الدراية فإنه قال فيه : ثم الحجر لغة المنع مصدر حجر عليه . وشرعا منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولاً لشخص معروف مخصوص وهو المستحق للحجر بأي سبب كان انتهى تدبر (قوله الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة : الصغر ، والرق ، والجنون) هذه الثلاثة بالاتفاق . وألحق بما اشتق منها ثلاثة أخرى بالاتفاق أيضا وهي : المقتضى الماسجن ، والمطلب الجاهل ، والمكاريء المقلد . وأما حجر المديون والسفيه بعد ما بلغ رشيدا فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، كذا في الشروح . أقول : قد أطبقت كلمة الفقهاء في كتب الفروع على إدراج المنع في الجنون

المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرق والجنون . وأسبابه مصادر هذه الأساي . وألحق بها المقتضى الماسجن والمطلب الجاهل والمكاريء المقلد بالاتفاق . ولما كان أسبابه ما ذكرنا لم يميز تصرف الصغير إلا بإذن وليه ، ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده ، ولا يجوز تصرف الجنون المغلوب بحال ما . وأما الذي لا يكون مغلوبا وهو الذي يعقل البيع ويقصده فإن تصرفه كتصرف الصبي العاقل كما سيبيء . أما عدم جواز تصرف الصبي فلتقصد عقله وأهلية التصرف إنما هي بالعقل لكن أهليته مرتبة ، وإذن وليه آية أهليته . وأما العبد فله أهلية لكنه حجر عليه لرعاية حق المولى كي لا يتسلط عليه منافع عبده ، فإنه لو لم يثبت الحجر لفتح البيع الذي يشرؤه فيلحقه ديون فيأخذ أو بابها أكسابه التي هي منفعة المولى وذلك تعطيل لما عنه ، ولئلا يملك رقبة يتعلق الدين به إذا لم يكن له كسب . غير أن المولى إذا أذن فقد رضى بفوات حقه . والجنون الغالب لاجتماعه أهلية فلا يجوز تصرفه بحال . قال (ومن باع من هؤلاء شيئا) أراد هؤلاء الصبي والعبد والجنون الذي يجز ويبيع ، وتصرفهم فيما يتردد بين الضرر والضعف ينقصد موقوفا إذا كان يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويقصده لإفادة هذا الحكم : أعني كون البيع سالبا والشراء جالبا وهو احتراز عن المازل . فإن بيعه ليس لإفادة هذا الحكم (والولي بالخيار إن شاء أجازته إذا كان فيه مصلحة ، وإن شاء فسخته ، لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه) وكلامه ظاهر ، وأراد سؤالا على الشراء وهو أن الأصل في الشراء النفاذ على المباشر من غير توقف على مامر من بيع الفضولي فكيف ينقصد هاهنا موقوفا على الإجازة . وأجيب بأن عدم التوقف إنما يكون إذا وجد على المباشر نفادا كما في شراء

قلنا : نعم إذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي ، وهاهنا لم نجد نفاذا لعدم الأهلية أو لضرر المولى فوقفناه . قال (وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال) لأنه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة ،

وجعل الأسباب الأصلية المتفق عليها ثلاثة وهي : الصغر ، والرق ، والجنون . وفي كتب الأصول على جعل العته سببا للجنون كسائر الأمور المعترضة على الأهلية وغناقله في أكثر الأحكام ، فقد خالف اصطلاحهم في القروع اصطلاحهم في الأصول وهذا من النوادر قوله وهذه المعاني الثلاثة التي هي الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الأقوال ، حتى أوجب التوقف في الأقوال التي تردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء بطريق العموم بين الصغير والجنون ، والعبد . وأوجب الحجر من الأصل بالإعدام في حكم أقوال تتمحض ضررا كالطلاق والعتاق في حق الصغير ، والجنون دون العبد فإنه يملك الطلاق ، كذا في النهاية والكفاية . قال صاحب العناية في حل هذا الجدل : وهذه المعاني الثلاثة : يعني الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الأقوال : يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء : أي هذه المعاني توجب التوقف على الإجازة على العموم بين الصغير والجنون والعبد ، وأما ما يتمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فإنه يوجب الإعدام من الأصل في حق الصغير والجنون دون العبد ، وأما ما يتمحض منها نفعاً كقبول الهبة والمدينة والصدقة فإنه لا حجر فيه على العموم انتهى كلامه . أقول : خصص الشارح المزبور الأقوال المذكورة في مسئلة الكتاب بالأقوال المترددة بين المنع والضرر حيث قال : أعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء ، فلما أخرج عن الأقوال ما تمحض نفعاً وما تمحض ضرراً وكان قائمة بإخراج الأول ظاهرة لعدم ثبوت الحجر فيه أصلاً دون قائمة بثبوت إخراج الثاني لثبوت الحجر فيه أيضاً في حق الصغير والجنون خصص معنى إيجاب الحجر أيضاً حيث قال : أي هذه المعاني توجب التوقف على الإجازة على العموم بين الصغير والجنون والعبد ، وأشار بذلك إلى عدم ثبوت الحجر بهذا المعنى الخصوصي فيما يتمحض ضرراً من الأقوال ، ونبه عليه بقوله : وأما ما يتمحض منها ضرراً كالطلاق والعتاق فإنه يوجب الإعدام من الأصل في حق الصغير والجنون دون العبد . ولا يذهب عليك أن عبارة الكتاب مع عدم مساعدتها لشيء من التخصيصين المذكورين يلزم إذ ذاك غلوران : أحدهما أنه على ذلك المعنى الذي ذهب إليه الشارح المزبور يصير مآل معنى هذه المسئلة وهي قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال معنى المسئلة السابقة وهي قوله : ومن باع من هؤلاء شيئاً أو اشتراه وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ، إن شاء أجزأه إذا كان فيه مصلحة ، وإن شاء

الفضولي . وهاهنا لم نجد ذلك لعدم أهلية في الصبي والجنون أو لضرر المولى فوقفناه . قال صاحب النهاية : هذا الذي ذكره عن الإشكال إنما يرد على لفظ مختصر القدوري حيث قال فيه : ومن باع من هؤلاء شيئاً أو اشترى ، أما هاهنا يعني في الهداية فلم يذكر قوله أو اشترى فلا يرد الإشكال ، ولكن جعل المذكور في القدوري مذكوراً وهاهنا فأورد الإشكال وهو موجود في بعض النسخ ، وكذا في نسخة مباحي ، وكذا ذكره شيخني في شرحه (قوله وهذه المعاني الثلاثة) يعني الصغر والرق والجنون (توجب الحجر في الأقوال) يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء : أي هذه المعاني توجب التوقف على الإجازة على العموم بين الصغير والجنون والعبد . وأما ما يتمحض منها ضرراً كالطلاق والعتاق فإنه يوجب الإعدام من الأصل في حق الصغير والجنون دون العبد . وأما ما يتمحض منها نفعاً كقبول الهبة والمدينة والصدقة فإنه لا حجر فيه على العموم (قوله دون الأفعال) يعني أن المعاني الثلاثة لا توجب الحجر عن الأفعال (لأن الشأن أن الأفعال لا مرد لها) حتى إن ابن آدم لو انقلب على قارورة إنسان فكسرها وجب عليه الضمان في الحال ، وكذلك العبد والجنون إذا ألقيا شيئاً لزمهما الضمان في الحال (لأن الأفعال توجد حساً ومشاهدة) ويحصل بها الإتلاف ، والإتلاف بعد الحصول لا يمكن أن يجعل كلا إتلاف ،

(قوله وكذا ذكره شيخني في شرحه) أقول : أراد الكاكي (قوله يعني ما تردد منها بين النفع والضرر) أقول : الأول على هو تعمم الأقوال لما تتمحض ضرراً ، وما تردد بين النفع والضرر ونفاذ طلاق العبد لا يضر لما سيخصمه للصنف من هذا العموم (قوله فإنه يوجب الإعدام من الأصل) أقول : فلا ينتقد (قوله في حق الصغير والجنون دون العبد) أقول : في البعض كالطلاق دون البعض كالعتاق

بمخلاف الأقوال ، لأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه (إلا إذا كان فعلا يتعلق به حكم يتدرئ

فسخه فلا يكون في إعادة الثانية فائدة إلا بمجرد كونها توطئة لقوله دون الأفعال . وثانيهما أنه لا يناسب حينئذ إدراج ما يتمحض ضررا من الأقوال كالطلاق والعتاق ، والإقرار في المسائل المتفرعة على هذا الأصل وهو قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال ، وقد أدرجه فيها في الكتاب حيث قال فيما بعد : والصبي والمجنون لا يصبح عقودهما ولا إقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما . وصرح الشارح المزبور وغيره هناك بأن تلك المسائل ذكرت تفريعا على الأصل المذكور . وقد وقع التصريح بقاء التفريع في مختصر القدوري في قوله فالصبي والمجنون لا يصبح عقودهما ولا إقرارهما . ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما بعد قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال فتعين التصريح بنفس عبارته . فالوجه عندى أن اللام في الأقوال في قوله توجب الحجر في الأقوال للجنس ، وأن المراد يلغى الحجر في قوله توجب الحجر في الأقوال ما يعم لإيجاب التوقف على الإجازة كما في الأقوال المترددة بين النفع والضّر ، وإيجاب الإعدام من الأصل كما في الأقوال المتمحضة لضرر فلا يحتاج إلى إخراج هذا القسم : أعني ما يتمحض ضررا عن الأقوال المذكورة في الأصل المسطور . بل هذا القسم أيضا داخل في جنس الأقوال فيشملة ذلك الأصل فيناسب تفريع المسائل الآتية بأسرها عليه ، ولا يضر عدم تحقق الحجر في الأقوال التي تتمحض نفعاً ، لأن تحقق الحجر في جنس الأقوال لا يقتضى تحققه في جميع أفرادها فصار الأصل المزبور محملا وما فرغ عليه من المسائل تبين له ، فاجعل في تلك المسائل مما يحجر فهو داخل تحت حكم الحجر ، وما لا فلا تأمل تقف (قوله بمخلاف الأقوال لأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه) أقول : فيه إشكال ، لأن الطلاق والعتاق والخوف عن القصاص واليمين والنذر كلها من الأقوال المعتبرة في الشرع مع أن القصد ليس بشرط لاعتبارها في الشرع ، ألا يرى أن طلاق العاقل البالغ هازلا ، وكلذا عتاق الحر البالغ العاقل هازلا ، وكلذا يمينه هازلا ونذره هازلا صحيح معتبر في الشرع على ما صرحوا به في مواضعها سيما في «باحث الغزل من كتب الأصول» مع أن الغزل ينافي القصد لامعالة . فإن عدم القصد والإرادة معتبر في نفس مفهوم الغزل . وقال في العاية : فإن قيل : الأقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرطا بالقصد دون الأفعال ؟ فالجواب من وجهين : أحدهما أن الأقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ، ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المدلول بمخلاف الأفعال فإن الموجود منها عنها ، فبعد ما وجدت لا يمكن أن يجعل غير موجودة . والثاني أن القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جلا وقد يقع هزلا

(بمخلاف الأقوال ، لأن اعتبارها حال كونها موجودة بالشرع والقصد من شرط الاعتبار) وليس للصبي والمجنون قصد لقصور العقل فيقتضى المشروط به . وأما في العبد فالقصد وإن وجبته لكنه غير معتبر لآزوم الضرر على المولى بغير اختياره . فإن قيل : الأقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الأفعال ؟ فالجواب من وجهين : أحدهما أن الأقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله . فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المدلول ، بمخلاف الأفعال فإن الموجود منها عنها فبعد ما وجدت لا يمكن أن يجعل غير موجودة . والثاني أن القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع هزلا ، فلا بد من القصد . ألا يرى أن القول من الحر العاقل البالغ إذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة ، بمخلاف الأفعال فإنها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها ، وقوله (إلا إذا كان) استثناء من قوله لا مردّ لها : يعنى أن الأفعال إذا وجدت لا مردّ لها ، لكن إذا كان فعل يتعلق به حكم يتدرئ بالشبهات كالحلود والقصاص يجعل عدم القصد في ذلك شبهة داره لما يترتب عليه من الحدود والقصاص .

(قوله لأن اعتبارها حال كونها موجودة) أقول : لا يخفى عليك أن موجودة مقول ثان للاختبار : أي اعتبارها مفيدة للأحكام بالشرع ، ومعنى الوجود ما يترتب عليه الآثار والأحكام (قوله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المدلول) أقول : لم يتبين ما ذكره سبب شرعية القصد في اعتبارها موجودة شرعا (قوله فلا بد من القصد) أقول : السؤال أنه لم يكن بد من القصد .

بالشبهات كالحلود والقصاص) فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون. قال (والصبي والمجنون لاتصح عقودهما ولا إقرارهما) لما بينا (ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما) لقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه » والإعتاق يتمحض مضرة ، ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ، ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة ، فلهاذا

فلا بد من القصد ؛ ألا يرى أن القول من الحر البالغ العاقل إذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكنا من هذه الثلاثة ، بخلاف الأفعال فإنها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها انتهى . أقول : في كل من وجهي الجواب نظر . أما في الأول فإنه غير متمشٍ في الإنشاءات لأنها إجراءات لا يمكن تخلف مدلولاتها عنها ، ولا يخفى أن أكثر الأقوال المتبعة في الشرع في إفادة الأحكام الشرعية من قبيل الإنشاءات فلا يتم التبريد . وأما في الثاني فأنه متقضى بما تساوى فيه الجحد والمزول من الأقوال كالطلاق والعتاق ونحوهما تدبر تفهم (قوله والصبي والمجنون لاتصح عقودهما ولا إقرارهما الخ) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالولي بالخيار ، وإنما أعاد المسئلة تفريعا على الأصل المذكور ، وهو أن هذه المعاني الثلاثة توجب الحجر عن الأقوال لتناقض القبوليات في موضع واحد ، كذا في العناية والتهاية . قال بعض الفضلاء وإذا أريد بالصبي والمجنون الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج إلى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ ، ويخلص كلام المصنف عن وصية التكرار انتهى . وقد أخذ هذا المعنى من آخر كلام صاحب غاية البيان هاهنا ، فإنه قال : أراد بقوله لا يصح لا ينفذ لأن بيعهما وسائر تصرفاتهما الذي يتردد بين النفع والضرر موقوف على إجازة الولي ، ألا يرى إلى ما قال قبل هذا بقوله ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ، إن شاء أجازته ، إلا إذا أريد بقوله والصبي من لا يقبل أصلا وبقوله والمجنون الذي لا يفتق أصلا فحينئذ يجرى قوله ولا يصح على ظاهره انتهى كلامه . أقول : لا ساغ لذلك الاحتمال لأن حل الصبي والمجنون في قوله والصبي والمجنون لاتصح عقودهما على الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب فقط لما لتساعد القاعدة ، فإن المعروف بلام التعريف إذا لم يكن هناك معهود إنما يحمل على الجنس في قاعدة أهل الحرية ، وعلى الاستفراق في قاعدة أهل الأصول كما تقرر كله في موضعه ، فهاهنا الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لم يعهدا بخصوصهما قطعا ، فلا بد أن يراد بالصبي والمجنون المذكورين هاهنا جنسهما أوجبه أنوارهما على إحدى القاعدتين لاحصة خصوصية منهما كما توهم . ولئن سلم مساعدة القاعدة لذلك ، فلو أريد بهما هاهنا ذلك القسم المعين منهما لزم أن لاتكون أحكام عقود الصبي العاقل والمجنون الغير المغلوب الذي هو المعتوه ولا أحكام إقرارهما وطلاقهما وعتاقهما مذكورة في كتاب الحجر أصلا ، إذ موضع ذكر تلك الأحكام هنا ولم تذكر في موضع آخر من هذا الكتاب ، فيلزم أن تكون متروكة سدى ولا يخفى فساد . ولا يخلجن في وهلك أنها تفهم بما ذكر دلالة ، لأن سبب الحجر في الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب أقوى من سببه في غيرهما فلا يدل عدم صحة تصرف في حقهما على عدم صحته في حق غيرهما كما لا يخفى قوله والإعتاق يتمحض مضرة ، ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ، ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة (قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : والإعتاق يتمحض مضرة لأعماله ، والطلاق وإن أمكن أن يتردد بين النفع والضرر باعتبار موافقة الأخلاق بعد

قال (والصبي والمجنون لا يصح عقودهما) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالولي بالخيار ، وإنما أعاد هذه المسئلة تفريعا على الأصل للمذكور ، وهو أن هذه المعاني الثلاثة توجب الحجر عن الأقوال لتناقض القبوليات في موضع واحد . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله والقصد من شرطه (ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما لقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه ») رواه الأرمزي عن أبي هريرة رضي الله عنه (والإعتاق يتمحض مضرة)

(قوله قال : الصبي والمجنون لا يصح عقودهما ، أراد بعدم الصحة عدم النفاذ الخ) أقول : وإذا أريد بالصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج إلى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ ، ويخلص كلام المصنف عن وصية التكرار .

لا يتوقفان على إجازته ولا يفندان بمباشرة ، بخلاف سائر العقود . قال (وإن أتلغا شيئا لزمهما ضمانه) إحياء لحق المظف عليه ، وهذا لأن كون الإلتاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذى يتلف بانقلاب النائم عليه والحائض المائل بعد الإشهاد ، بخلاف القول على ما بيناه . قال (فأما العبد فأقراره نافذ في حق نفسه) لقيام أهليته (غير نافذ في حق مولاه) رعاية لحاجته ، لأن نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه . وكل ذلك إلتاف ماله . قال (فإن أقر بماله لزمه بعد الحرية) لوجود الأهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع (وإن أقر بحد أو قصاص لزمه في الحال) لأنه مبقى على أصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح إقرار المولى عليه بذلك (وينفذ طلاقه) لما روينا ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « لا يملك العبد والمكاتب شيئا إلا الطلاق » ولأنه عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلا ، وليس فيه إبطال ملك المولى ولا تقويت منافعه فينفذ . والله أعلم بالصواب .

البلوغ ، لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال ، أما في الحال فلعلم الشهوة . وأما في المال فلأن علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بنبأين الأخلاق وتنافر الطبع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك ، والمولى وإن أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة انتهى كلامه . أقول : فيه بحث . أما أولا فلأن جعله الطلاق مما يتردد بين النفع والضرر يخالف لما صرح به نفسه وسائر الشراح فيما مر من أنه مما يتشمخ ضررا ، اللهم إلا أن يحمل كلامه ما هنا على التنزل والتسليم فتأمل . وأما ثانيا فلأنه إن أراد بالمصلحة في قوله والمولى وإن أمكن أن يقف على مصلحته في الحال مصلحة الصبي في الطلاق كما هو الملام لما نحن فيه وهو المطابق لقوله من قبل لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق يلزم أن لا يثبت قوله وإن أمكن أن يقف على مصلحته في الحال ، لأن علة عدم الوقوف على مصلحته في الطلاق في الحال عدم شئوته في الحال ، كما أفصح عنه المصنف والشارح المبرور في تعاليل عدم وقوف الصبي على تلك المصلحة ، فعند تقرير هاتيك العلة كيف يمكن لولي أن يقف على تلك المصلحة . وإن أراد بالمصلحة المذكورة مصلحته في غير الطلاق يكون ذكرها لغوا في إثبات ما نحن فيه كما لا يخفى .

لأحالة (و) الطلاق وإن أمكن أن يتردد بين النفع والضرر باعتبار موافقة الأخلاق بعد البلوغ ، لكن الصبي (لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال) أما في الحال فلعلم الشهوة . وأما في المال فلأن علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بنبأين الأخلاق وتنافر الطبع عند بلوغه حد الشهوة ، فلهذا لا يتوقفان على إجازته ولا يفندان بمباشرة (أى الولي) بخلاف سائر العقود وقوله (وإن أتلغا شيئا) بيان لتفريع الأفعال على الأصل المذكور ، ومعناه ظاهر . وقوله (والحائض المائل بعد الإشهاد) يعنى أنه لا قصد من صاحب الحائض وقوع الحائض ومع ذلك يجب الضمان (قوله على ما بيناه) إشارة إلى قوله بخلاف الأحوال والقصد من شرطه . وقوله (فأما العبد فأقراره نافذ) معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا إقرارهما ، ومعناه ظاهر (قوله لما روينا) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمجنون » وكلامه ظاهر .

(قوله باعتبار موافقة الأخلاق) أقول : أى وجودا أو عدما (قوله لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) أقول : يعنى أن الطلاق ليس من تلك المصالح التى توقف عليها في الحال (قوله وقوله وإن أتلغا شيئا) بيان لتفريع الأفعال على الأصل المذكور (أقول : فيه بحث .

(باب الحجر للفساد)

(قال أبو حنيفة رحمه الله : لا يحجر على الحرِّ البالغ العاقل السفیه ، وتصرفه في ماله جائز وإن كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله : يحجر على السفیه ويمنع من التصرف في ماله)

(باب الحجر للفساد)

آخر هذا الباب لأن أسباب الحجر فيما تقدم عليه مباحة . وسبب الحجر هاهنا مكتسب ، والساوئ في التأثير أقوى فكان بالتقديم أولى ، ولأن الحجر في الأول متفق عليه ، وفي الثاني يختلف فيه ، والمتفق عليه أحرى بالتقديم . قال في النهاية : والمراد بالفساد هاهنا هو السفه ، وهو خفة تعزى الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل ، وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع انتهى . أقول : في تفسير كل من معني السفه على الوجه المذكور شيء . أما في الأول فهو أن العمل بخلاف موجب العقل مع قيام العقل مشكل ، إذ الظاهر أن موجب الشيء لا يتخلف عنه . وعن هذا قال في الميسوط والكافي : السفه ه العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجا . وأما في الثاني فهو أنه إن كان معنى السفه في عرف الفقهاء تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع فكيف القول من أبي حنيفة رحمه الله بعدم الحجر على السفیه ، إذ لا مبالغ فيه المنع عما هو خلاف مقتضى الشرع عند أحد الفقهاء . ويمكن الجواب عن الأول بأن المراد بخلاف موجب العقل خلاف موجب حكم العقل لاخلاف موجب نفس العقل ، فاللازم عدم التخلف عن حكم العقل لاعتق نفسه ولا محذور فيه لإمكان العمل بخلاف ما أوجبه حكم العقل كما هو حال النفوس الخبيثة . وعن الثاني بأن ما هو على خلاف مقتضى الشرع يجب أن ينهى عنه تركه باللسان على الاتفاق ، ومنه عمل السفیه بالسفه . وأما الحجر عنه بمعنى إبطال حكم التصرف بالكلية وإن كان ذلك التصرف في نفس مال التصرف فهو أمر آخر ورأه ذلك لم يقل به أبو حنيفة بناء على استدعائه ضررا أشد من ضرر إتلاف المال كما سيأتي بيانه في الكتاب . وقال في النهاية : ثم اعلم أن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، لا على قول أبي حنيفة رحمه الله فإنه لا يرى الحجر للفساد والسفه أصلا انتهى . أقول : ليس هذا الكلام بسديد ، فإن أكثر مسائل هذا الباب مما اتفق عليه أبو حنيفة وصاحبا كتبه وإن أعتق عبدا نفذ عتقه ، وقوله ولو دبر عبده جاز ، وقوله ولو جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا وإلجارية أم ولده ، وقوله وإن تزوج امرأة جاز نكاحها وإن سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها ،

(باب الحجر للفساد)

آخر هذا الباب لأن ما تقدم عليه متفق عليه وهذا يختلف فيه ، والمراد بالفساد هاهنا هو السفه . وهو خفة تعزى الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل . وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع (قال أبو حنيفة رحمه الله : لا يحجر على الحرِّ البالغ العاقل السفیه ، وتصرفه في ماله جائز ، وإن كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة) كالإلقاء في البحر والإحراق بالنار (وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله : يحجر على السفیه ويمنع من التصرف في ماله) غير أن الحجر عليه عندهما يؤثر في حق تصرف يتصل بماله . ولا يصح مع الفزل والإكراه والتبعية والإجارة والإقرار بالمال ، وما لا يتصل بماله كالإقرار بالحدود والقبضات أو يتصل به ، لكنه يصح مع الفزل كالنكاح والطلاق والعتاق ، فالحجر لا يعمل فيه حتى يصح منه هذه التصرفات بعد الحجر

(باب الحجر للفساد)

لأنه مبذر ماله بصرفه لاعلى الوجه الذى يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل أولى ، لأن الثابت فى حق الصبي احتمال التذير وفى حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ، ثم هو لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده . ولأبى حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد .

وقوله ولو ظلفها قبل الدخول وجب لها النصف ، وقوله وتخرج الزكاة من مال السفه وينفق على أولاده وزوجته ومن يجب نفقته من ذوى أرحامه . وقوله فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها ، ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها . وقوله فإن مرض وأوصى بوصايا فى القرب وأبواب الخير جاز ذلك فى ثلث ماله ، وقوله ولا يحجر الفاسق عندنا إذا كان مصلحا لماله . وإنما المسائل الخلافية بين أبى حنيفة وصاحبيه من مسائل هذا الباب ثلاث : فثنتان منها مذكورتان فى أول الباب فى الهداية والبلدية : إحداهما مسألة أنه لا يحجر السفه عند أبى حنيفة وصاحبيه وبجرح عندهما . وأخرهما مسألة أن الغلام البالغ غير رشيد إذا بلغ خسا وعشرين سنة يسلم إليه ماله عند أبى حنيفة وإن لم يؤنس منه الرشد ، وعندهما لا يدفع إليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشه . وواحدة منهما مذكورة فى آخر الباب فى الهداية وحدها وهى مسألة أن يحجر القاضى بسبب الغفلة عندهما ، ومع ذلك جعل قول أبى حنيفة فى المستثنى الأولين أصلا فى الذكر وقولهما تبعا له فلم يبق من مسائل هذا الباب ما هى مبينة على قولهما لا على قوله إلا المسئلة الأخيرة المذكورة فى الهداية وحدها ، فكيف يصح القول بأن مسائل هذا الباب كلها مبينة على قول أبى يوسف ومحمد لاعلى قول أبى حنيفة . ثم أقول : لو قال بدل ذلك الكلام : ثم اعلم أن تقييد هذا الباب باب الحجر للفساد مبنى على قول أبى يوسف ومحمد لا على قول أبى حنيفة فإنه لا يرى الحجر للفساد أصلًا لكان له وجه صحيح كما لا يخفى (قوله لأنه مبذر ماله بصرفه لاعلى الوجه الذى يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي) قال صاحب العناية : واستدل المصنف بقوله لأنه مبذر ماله بصرفه لاعلى الوجه الذى يقتضيه العقل ، وكل من هو كذلك يحجر عليه نظرا له كالصبي فهذا يحجر عليه اه . أقول : تقريره غير مطابق للمشروح ، إذ لا يخفى أن حاصل كلام المصنف هنا قياس السفه على الصبي قياسا تقريرا فى وجوب الحجر ، ويرشد إليه قطعا قوله فيما سياتى من قبل أبى حنيفة ، ولا يصح القياس على منع المال ولا على الصبي ، وقد قرره الشارح المذكور على القياس المنطوق حيث قدر الكبرى الكلية وجعل قوله فيحجر عليه نتيجة القياس كما ترى . ثم إن صاحبه النهاية والعناية قال : هذا الدليل الذى ذكره المصنف إنما يصح على قول أبى يوسف ومحمد لا على قول الشافعى ، لأن حجر السفه عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظر له ، وقالوا : وفائدة هذا الخلاف بينهم تظهر فيما إذا كان السفه مفسدا فى دينه مصلحا فى ماله كالفاقد . فعند الشافعى يحجر عليه زجرا وعقوبة ، وعندهما لا يحجر عليه اه . أقول : فيه نظر لأن من كان مصلحا فى ماله لا يسمى سفيا فى عرف الفقهاء كما أفصح عنه صاحب العناية فيما مر حيث قال : وقد غلب فى عرف الفقهاء على تذيير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع . وأما كون المصلح فى ماله إذا كان مفسدا فى دينه يسمى بالسفه على معناه الأصلى فلا يحدى نقضا هاهنا . إذ نحن بصدد بيان حكم السفه فى عرف الفقهاء بأنه لا يحجر عليه عند أبى حنيفة ويحجر عليه عند أبى يوسف ومحمد والشافعى . ولو كان الفاسق داخلًا فى السفه فى عرفهم لما صح بيان الحكم بالوجه المذكور . فإن الفاسق لا يحجر عليه عند أحد من أئمتنا كما سياتى فى الكتاب (قوله ولأبى حنيفة أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد) قيل : يشكل هذا بالبعد ، فإنه مخاطب عاقل أيضا ومع ذلك يحجر عليه . وأجيب بوجهين :

على ما سيحجى . واستدل المصنف رحمه الله بقوله (لأنه مبذر ماله بصرفه لاعلى الوجه الذى يقتضيه العقل) كل من هو كذلك (يحجر عليه نظرا له كالصبي) فهذا يحجر عليه (بل أولى . لأن الثابت فى حق الصبي احتمال التذير وفى حقه حقيقته ، والدليل على صحة هذا منع المال منه ، وألغى لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده) وهذا الذى ذكره من الدلائل إنما يصح على قولهما . فأما على قول الشافعى رحمه الله فلا يصح لأن حجر السفه عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظر له . والفائدة تظهر فيما إذا كان السفه مفسدا فى دينه مصلحا فى ماله كالفاقد ، فعنده يحجر عليه زجرا وعقوبة ولا يحجر عليه عندهما (ولأبى حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل) وكل من هو كذلك (لا يحجر عليه كالرشيد) ونوقض بالبعد

وهذا لأن في سلب ولايته إهدار آدميته وإلحاقه باليائمه وهو أشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى ، حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبل الجاهل والمفتي الماجن والمكاري الفاسل جاز فيها يروى عنه ، إذ هو دفع ضرر الأعلى بالأدنى ، ولا يصح القياس على منع المال لأن الحجر أبلغ منه في العقوبة ، ولا على الصبي لأنه عاجز عن النظر لنفسه . وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة بإعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ، ومنع المال مفيد لأن غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد . قال (وإذا حجر القاضي عليه ثم رفع إلى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق عنه جاز) لأن الحجر منه فتوى وليس بقضاء ؛ ألا يرى أنه لم يوجد المقضى له والمقضى عليه ، ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الإمضاء ، حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضي الحاجر أو إلى غيره فقضى يبطلان تصرفه ثم رفع إلى قاض آخر نفذ بإبطاله لاتصال الإمضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك (ثم عند أبي حنيفة إذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم إليه ماله حتى يبلغ خسا وعشرين سنة ، فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ

أحدهما أنه ذكر الخطاب مطلقا والمطلق ينصرف إلى الكامل ، والعبد ليس بمخاطب كامل لسقوط الخطابات المالية عنه كالزكاة وصدقة الفطر والأصحية والكفارات المالية ، وسقوط بعض الخطابات الغير المالية كالخج وصلاة الجمعة والعبدن والشهادات وشرط الحدود وغيرها . والثاني أن المراد بالخطاب في قوله إنه مخاطب هو الخطاب بالتصرفات المالية بدلالة محل الكلام ، لأن الكلام في الحجر عن التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبات والصدقات فحينئذ لا يتناول قوله إنه مخاطب العبد لأنه لا مال له فلا تصرف له في المال ولا خطاب فيه ، هذا زبدة ما في النهاية وغيرها . أقول : بقی في كلام المصنف شيء ، وهو أن قوله عاقل بعد قوله إنه مخاطب مسترک لأن الخطاب لا يكون إلا عاقلا ، فإن ما ليس بعاقل كالصبي والمجنون

فإنه مخاطب عاقل ويجوز عليه . وأجيب بأنه قال مخاطب وهو مطلق ، والمطلق ينصرف إلى الكامل ، والعبد ليس بكامل في كونه مخاطبا لسقوط الخطابات المالية كالزكاة وصدقة الفطر والأصحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية كالخج والجمعة والعبدن والشهادات وشرط الحدود وغيرها ، ولو ضم إلى ذلك حرّ سقط الاعتراض (وهذا) أى عدم الحجر (لأن) في الحجر سلب ولايته و (في سلب ولايته إهدار آدميته) وهو ظاهر (قوله ولا يصح القياس على منع المال) جواب عن قولهما ولهذا منع عنه المال . وتقريره أن منع المال منه ليكون هو بطريق العقوبة عليه زجرا له على التبذير . والحجر أبلغ منه في العقوبة لما ذكرنا فلا يقاس عليه . وقوله (ولا على الصبي) جواب عن قولهما اعتبارا بالصبي : أى لا يقاس السفیه على الصبي (لأنه عاجز عن النظر لنفسه ، وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة بإعطاء آلة القدرة) لما ذكرنا أنه عاقل (والجري على خلافه لسوء اختياره) فكان قياس قادر على عاجز وهو فاسد . وقوله (ومنع المال مفيد) جواب عن قوله ثم هو لا يفيد بدون الحجر : يعنى أن منع المال بدون الحجر مفيد (لأن غالب السفه) إنما يكون (في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد) أى لا يملك إلا بالقبض ، فإذا لم يكن في يده شيء يمتنع عن ذلك وإن فعل لم ينفذ (قوله وإذا حجر الخ) تفريع على مسألة الحجر ، ومعناه أن القاضي إن حجر على السفیه على رأيه ثم رفع حكمه إلى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق جاز تصرفه . وكان الواجب أن لا يجوز لأن قضاءه لاقى مجتهدا فيه ونقضه باطل ، وإنما جاز لأن الحجر من القاضي فتوى لا قضاء ، لأن القضاء يقتضى المقضى له والمقضى عليه ولا مقضى له هاهنا . سلمنا وجود المقضى له على احتمال بعيد وهو أن يجعل السفیه مقضيا له من حيث أن الحجر نظر له ، لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه لم يقل

(قوله وأجيب بأنه قال مخاطب الخ) أقول : ولعل الأول أن يقال : المراد بمخاطب في حق تصرف يتصل بماله إذ الكلام فيه فيخرج العبد إذ لا مال له ولا خطاب فيه (قوله لسقوط الخطابات المالية الخ) أقول : فيه بحث (قوله ومعناه أن القاضي إن حجر على السفیه على رأيه)

تصرفه . فإذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم إليه ماله وإن لم يؤنس منه الرشد . وقالوا : لا يدفع إليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشده . ولا يجوز تصرفه فيه) لأن علة المنع السفة فيبقى ما بقى العلة وصار كالصبا . ولأنني حنيفة رحمه الله أن منع المال عنه بطريق التأديب . ولا يتأدب بعد هذا ظاهرا وغالبا . : ألا يرى أنه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع . ولأن المنع

ليس بمخاطب لا محالة (قوله وقالوا : لا يدفع إليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشده) قال صاحب العناية : وتسامع عبارته في الجمع بين الأبد وحتى ظاهر . اهـ . أقول : يمكن توجيه عبارته بأن يحمل الأبد على الزمان الطويل الممتد ، كما حل بعض المفسرين الخلود في قوله تعالى . ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها . على المكث الطويل . فحينئذ لا تدافع بين الأبد وحتى كما لا يخفى (قوله ولأنني حنيفة أن منع المال عنه بطريق التأديب . ولا يتأدب بعد هذا ظاهرا وغالبا ، ألا يرى أنه يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع) قال صاحب العناية وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين : أحدهما : أن يقال : سلمنا أن علة المنع السفة ، لكن المعلول هو المنع من حيث التأديب وهذا يقتضى أن يكون علا للتأديب ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا . لأن في هذه المدة يصير جدا باعتبار أقل مدة البلوغ في الإنزال وهو اثنا عشرة سنة . وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر ، وإذا لم يبق قابلا للتأديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع . والثاني أن يجعل معارضة يقال : ما ذكرتم وإن دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه ، وهو أن منع المال عنه بطريق التأديب الخ اهـ كلامه . وقد اتفقت أثره الشارح المعنى . أقول : في تقرير الوجه الأول على ما ذكرناه خلل . إذ على تقدير تسليم كون علة المنع السفة ادعاء أن المعلول هو المنع من حيث التأديب دون المنع المطلق يلزم أن يتخلف المعلول عن العلة بعد تلك المدة لعدم تحقق المنع من حيث التأديب بعدها بناء على عدم كون المحل قابلا للتأديب مع تحقق السفة بعدها أيضا ، ولا شك أن يتخلف المعلول عن العلة باطل ، ولهذا قال في دليل الإمامين : فيبقى ما بقى العلة ، فاعتبار التأديب مع المنع في جانب المعلول باطل أيضا لاستنزاه ذلك الباطل المحال . والصواب عندى في تقرير الوجه الأول أن يقال : إن علة المنع ليس هو السفة وحده بل هو مع قصد التأديب ، فإذا لم يبق المحل قابلا للتأديب بعد تلك المدة لم يقصد التأديب بعدها فانقضت العلة بانتفاء أحد جزئيهما وهو قصد التأديب فلزم انتفاء المعلول الذى هو المنع أيضا بعدها فوجب الدفع . فصار حاصل هذا الدليل على هذا الوجه هو المنع لا التسليم كما توهم (قوله ولأن المنع

به فصار محلا للقضاء يحتاج إلى إمضاء . فلو رفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضي الحاجر أو إلى غيره ففقد بطلان تصرفه وصحة الحجر ثم رفع إلى قاض آخر نفذ إبطاله لاتصال الإمضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك . ثم إن عند أبي حنيفة رحمه الله إذا بلغ الغلام سفيما منع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة وتصرفاته قبل ذلك نافذة لأنه لا يجبر عليه عنده ، فإذا بلغ ذلك سلم إليه ماله وإن لم يؤنس الرشد منه . وقالوا : لا يدفع إليه ماله حتى يؤنس منه رشده . وتسامع عبارته في الجمع بين الأبد وحتى ظاهر (ولا يجوز تصرفه في ماله . لأن علة المنع السفة فيبقى بقاءه كالصبا . ولأنني حنيفة رحمه الله أن منع المال عنه بطريق التأديب) وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين : أحدهما أن يقال : سلمنا أن علة المنع السفة لكن المعلول هو المنع من حيث التأديب . وهذا يقتضى أن يكون علا للتأديب ، ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لأنه في هذه المدة يصير جدا باعتبار أقل مدة البلوغ في الإنزال وهو اثنا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر ، وإذا لم يبق قابلا للتأديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع . والثاني أن يجعل معارضة يقال : ما ذكرتم وإن دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه ، وهو أن منع المال عنه بطريق التأديب الخ (قوله ولأن المنع) دليل آخر . وتقريره أن المنع بعد البلوغ إذا لم يؤنس رشده باعتبار أثر الصبا . لأن العادة وجدانه في أوائل البلوغ ثم ينقطع بظلال المدة وقد ركد بخمس وعشرين سنة . ولأن مدة البلوغ من حيث السن

أقول : الضمير في رأيه راجع إلى القاضي (قوله فصار علا) أقول : يعنى فصار نفس القضاء علا الخ (قوله وتسامع عبارته في الجمع بين الأبد وحتى ظاهر) أقول : أراد بالأبد الزمان للبدن بقرينة قوله حتى .

باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ . ويقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ، ولهذا قال أبو حنيفة : لو بلغ رشيدا ثم صار سفيا لايمنع المال عنه لأنه ليس بأثر الصبا ، ثم لا يتأتى التفرغ على قوله وإنما التفرغ على قول من يرى الحجر . فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه إذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه ، وإن كان فيه مصلحة أجازة الحاكم لأن ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه ، كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده .

باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ . ويقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع) فإن قيل : الدفع معلق بإنسان الرشيد فلم يوجد لايجزو الدفع إليه . وأجيب بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم . سلمناه ، لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه ، وقد وجد ذلك إذا وصل الإنسان إلى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلا فكان متناها في الأصالة . أقول : الظاهر أن كونه متناها في الأصالة عند وصوله إلى تلك المدة لا يقتضي رشده لحصول ذلك في الجنون أيضا مع عدم تصور الرشيد فيه . سلمناه لكنه لا يطابق قول أبي حنيفة في وضع المسئلة مع أنه إذا بلغ خسا وعشرين سنة يسلم إليه ماله وإن لم يؤنس منه الرشيد . اللهم إلا أن يراد بالرشد هناك الرشيد الكامل : لكن لا يساعده القف وبأياه دليله ، تأمل تقف (قوله لأن ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه) قال في العناية : استدلل على الجواز والتوقف بقوله لأن ركن التصرف قد وجد وذلك يوجب الجواز . ورد بأن ركن التصرف إذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس بأهل . وأجيب بأنه أهل لأن الأهلية بالعقل والسفه لا ينفيه . فإن قيل : فعلام التوقف ؟ أجاب بقوله للنظر له ، فإن الحاكم نصب ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ، إلى هنا لفظ العناية . ورد بعض الفضلاء قوله واستدل على الجواز والتوقف بقوله لأن ركن التصرف وجد حيث قال : هذا إنما يدل على الجواز فقط اهـ . أقول : يمكن أن يحمل كلام صاحب العناية هاهنا على أن المصنف استدلل على الجواز والتوقف بقوله لأن ركن التصرف قد وجد الخ : أى استدلل على الجواز بقوله لأن ركن التصرف قد وجد ، واستدل على التوقف بقوله والتوقف للنظر الخ ، فحصل

ثمان عشرة سنة ، وما قرب من البلوغ فهو في حكم البلوغ . وقدّر ذلك بسبع سنين اعتبارا بمدة التمييز في الابتداء على ما أشار إليه عليه الصلاة والسلام بقوله « روا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعا » (ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله : لو بلغ رشيدا ثم صار سفيا لايمنع عنه المال لأنه ليس بأثر الصبا) فإن قيل : الدفع معلق بإنسان الرشيد فلم يوجد لايجزو الدفع إليه . وأجيب بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم ، سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه ، وقد وجد ذلك إذا وصل الإنسان إلى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلا فكان متناها في الأصالة . قال (ثم لا يتأتى التفرغ على قوله) أراد أن التفرغ الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله فإذا باع لا ينفذ لا يتأتى على قول أبي حنيفة رضى الله عنه (وإنما التفرغ على قول من يرى الحجر . فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه إذا باع لتظهر فائدة الحجر عليه) فيكون موقوفا (فإن رأى الحاكم فيه مصلحة) بأن كان يمثل القيمة أو كان البيع وإيما وكان الثمن باقيا في يده (أجازة) وإن كان الثمن أقل من القيمة أو كان البيع خاسرا ولم يبق الثمن في يده لم يجزه ، لأن فيه ضررا بمنفرد المبيع عن يده بدون أن يكون فيه شيء من البذل . واستدل على الجواز والتوقف بقوله (لأن ركن التصرف قد وجد) وذلك يوجب الجواز . ورد بأن ركن التصرف إذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس بأهل . وأجيب بأنه أهل لأن الأهلية بالعقل والسفه لا ينفيه كما تقدم . فإن قيل : فعلام التوقف ؟ أجاب بقوله (للنظر له) فإن الحاكم نصب ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ، (قوله سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه) أقول : المعلق يتصرف إلى الكلام كما سلف من الشارح في أواخر الصنيغة السابقة ، وجوابه ظاهر ، فإنه مذكور ستة ألبع هنا ، ويكنى الاحتمال فيه (قوله أو كان البيع خاسرا) أقول : في بحث (قوله واستدل على الجواز الخ) أقول : هنا إنما يدل على الجواز فقط ، ثم المراد من قوله الجواز الاعتقاد .

ولوباع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف لأنه لابد من حجر القاضي عنده ، لأن الحجر دائريين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي . وعند محمد لا يجوز لأنه يبلغ محجورا عنده ، إذا العلة هي السفه بمنزلة الصبا ، وعلى هذا الخلاف إذا بلغ رشيدا ثم صار سفيا (وإن أعتق عبدا نفذ عتقه عندهما . وعند الشافعي لا ينفذ . والأصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه المزل يؤثر فيه الخ وما لا فلا ، لأن السفه في معنى المازل من حيث أن المازل يخرج كلامه لاعلى نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لتقصان في عقله . فكذلك السفه والعق مما لا يؤثر فيه المزل فيصح منه .

من المجموع الاستدلال على الجواز والتوقف معا وإن كان الحاصل من أول قوله هو الاستدلال على الجواز فقط . ولما اتجه على أول استدلاله سؤال ظاهر الورود تصدى الشارح لذكره مع جوابه فوق الفصل بين دليل الجواز ودليل التوقف في البيان تدبر تفهم (قوله والأصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه المزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا . إلى قوله : والعق مما لا يؤثر فيه المزل فيصح منه) قال في العناية : وفيه بحث من أوجه : الأول أن السفه لو حث في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي . وكذا لو نذر بهدي أو غيره لم ينفذه ، فهذا مما لا يؤثر فيه المزل بقوله عليه الصلاة والسلام « ثلاث جدن جد » وهن جد . وقد أثر فيه الحجر بالسفه . والثاني أن المازل إذا أعتق عبده عتق ولم يجب عليه سعاية والمحجور بالسفه إذا أعتقه وجب عليه السعاية ، فالمرل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر أثر فيه . والثالث أن التعليل المذكور إنما يصح في حق السفه لا في حق المازل . والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له لا لتقصان في العقل . والجواب عن الأول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيها يرجع إلى الإلتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور ، لأن في تنفيذهما إضاعة المقصود من الحجر لإمكان أن يصرف في جمع ماله باليمين والخنث والنذر . وعن الثاني ما سيجيء في الكتاب . وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما اه . أقول : في الجواب عن الأول وعن الثاني على

ولو باع السفه قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف رحمه الله لأنه لابد من حجر القاضي عنده لأن الحجر دائري بين الضرر (وهو إهدار أمميته) والنظر) له في إبقاء المبيع على ملكه كما كان (فلا بد من مرجع وهو القضاء . وعند محمد رحمه الله لا يجوز لأنه يبلغ محجورا) عليه (عنده إذا العلة عنده هي السفه بمنزلة الصبا) وهو موجود قبل القضاء فيرتب عليه الحكم (وعلى هذا الخلاف إذا بلغ رشيدا ثم صار سفيا) عند أبي يوسف يصير محجورا حتى يقضى القاضي . وعند محمد يصير محجورا بمجرد السفه (وإن أعتق عبدا) يعني بعد الحجر (نفذ عتقه عندهما) وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ، فلم يخص قولهما بالذكر احترازا عن قوله لأن عند أبي حنيفة الحكم قبل الحجر وبعبه سواء في نفاذ تصرفات المحجور وبسبب السفه لأنه لا تأثير للحجر عنده بل احترازا عن قولهما في سائر التصرفات التي يؤثر فيها الحجر كالبيع والشراء والإقراض بالمال . وعن قول الشافعي فإنه يقول : لا ينفذ كما ذكره في الكتاب (و ذكر أن الأصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه المزل يؤثر فيه الحجر ، وما لا فلا لأن السفه في معنى المازل) لأن كل وجه (بل من حيث أن المازل يخرج كلامه لاعلى نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لتقصان في عقله فكذلك السفه والعق مما لا يؤثر فيه المزل فيصح منه) وفيه بحث من أوجه : الأول أن السفه لو حث في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي أو غيره لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه المزل لقوله صلى الله عليه وسلم « ثلاث جدن جد » وهن جد . وقد أثر فيه الحجر بالسفه . والثاني أن المازل إذا أعتق عبده عتق ولم يجب عليه سعاية والمحجور بالسفه إذا أعتقه وجب عليه السعاية ، فالمرل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر أثر فيه . والثالث أن التعليل المذكور إنما يصح في حق السفه لا في حق المازل ،

(قوله بل احترازا عن قولنا الخ) أقول : فيه ما فيه حيث لا يظهر وجه الاحتراز عن قولهما في سائر التصرفات ، بل هو احتراز عن قول الشافعي ليس إلا كما يدل عليه تصريحه بخلاف الشافعي (قوله وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي) أقول : أي لا يصيل إعتاقه عن

والأصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعلمه شيء من تصرفاته إلا الإطلاق كالمروق ، والإعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفه (و) إذا صح عندهما (كان على العبد أن يسعى في قيمته) لأن الحجر لمعنى النظر وذلك في ردّ العتق إلا أنه معتذر فيجب ردّه برد القيمة كما في الحجر على المريض . وعن محمد أنه لا يجب السعاية لأنها لو وجبت إنما تجب حقاً لمعتقه السعاية ما عهد وجوبها في الشرع إلا لحق غير العتق (ولو دبر عبده جاز) لأنه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته إلا أنه لا يجب السعاية مادام المولى حياً لأنه باق على ملكه ،

الوجه المذكور بحث أيضاً . أما في الجواب عن الأول فلأن حاصل ذلك الجواب بيان وجه عدم تنفيذ الكفارات والنذور الواقعة من السفه ، وهذا لا يحدى شيئاً في دفع البحث الأول ، لأن حاصل ذلك البحث كما ترى نقض كلية قولهما إن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر ، ومالا فلا ، بعدم تنفيذ القاضى تصرف السفه في الكفارات والنذور مع عدم تأثير الهزل في شيء منها ، فما ذكر في الجواب يقوى البحث فضلاً عن أن يدفعه . وأما في الجواب عن الثاني فلأن ما سيجيء في الكتاب هو قول الصنف ، لأن الحجر لمعنى النظر ، وذلك في ردّ العتق إلا أنه معتذر فيجب ردّه برد القيمة كما في الحجر على المريض ، ولا يذهب عليك أن هذا أيضاً لا يدفع نقض الكلية المعتبرة في أصلهما كما هو حاصل البحث الثاني أيضاً ، بل يقويه كما عرفت آنفاً . ثم إن بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية في البحث الثالث ، والصحيح فيه أن يقال لتقصده اللب به دون ما وضع الكلام له حيث قال فيه بحث ، إذ هذا المعنى لا يوجد في السفه ولا بد من الاشتراك له . أقول : كأنه غلط في الاستخراج فتوهم أن التفسير المجرور في قوله والصحيح فيه راجع إلى التعليل . فاعترض أنه لابد من تمام التعليل هاهنا من الاشتراك في العلة ، وهذا المعنى يعنى قصد اللب دون ما وضع الكلام له لا يوجد في السفه ، كما أن المعنى المذكور

والصحيح فيه أن يقال لتقصده اللب به دون ما وضع الكلام له لانتقصان في العقل . والجواب عن الأول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الإلتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور ، لأن في تنفيذها إضاعة المقصود من الحجر لإمكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر . وعن الثاني ما سيجيء في الكتاب . وعن الثالث أن قصد اللب بالكلام وترك ما وضع له من مكايرة العقل واتباع الملوى فلا فرق بينهما (والأصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق) فإنه لا يزيل الخطاب ولا يخرج من أن يكون أهلاً للإلزام العقوبة باللسان باكتساب سبها ، كما أن الرق كذلك (فلا ينفذ بعلمه شيء من تصرفاته إلا الإطلاق كالرقيق ، والإعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفه) قلنا : ليس السفه كالرق لأن حجر الرق لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه ، حتى أن تصرفه فيما لاحق للغير فيه نافذ كالإقرار بالحدود والتقصاص . وهاتنا لاحق لأحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه فيكون نافذاً (فإذا صح عندهما كان على العبد أن يسعى في قيمته لأن الحجر لمعنى النظر وذلك في ردّ العتق إلا أنه معتذر) لعدم قبوله التسخ (فيجب ردّه برد القيمة كما في الحجر على المريض) لأجل النظر لغرمائه أو ورثته ، فإذا أصح المريض عبداً وجب عليه السعاية لغرمائه في جميع قيمته أو لورثته في ثلثي قيمته إذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواء لمعنى النظر إلى آخر النكته (وعن محمد رحمه الله أنه لا يجب عليه السعاية ، لأنها لو وجبت لو جبت حقاً لمعتقه ، وذلك غير معهود في الشرع وإنما المعهود أن يجب لغير العتق) كما في إعتاق أحد الصريكين فإنه يسعى للسك (ولو دبر عبده جاز ، لأن التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته) لأنه لما ملك إنشاء حقيقة العتق فلأن يملك إنشاء حقه كان أولى (إلا أنه لا يجب السعاية في حياة المولى لأنه باق على ملكه) والباقي على ملك المولى لا يستوجب للمولى عليه ديناً

كفارة يمينه لأنه ينفذ إعتاقه أصلاً فإنه نافذ ويجب عليه السعاية وعلى السفه الحادث الصوم كالمعسر إذا حث في يمينه أو طاهر عن امرأته (قوله والصحيح فيه أن يقال لتقصده اللب به) أقول : فيه بحث ، إذ هذا المعنى لا يوجد في السفه ولا بد من الاشتراك (قوله والباقي على ملك المولى لا يستوجب الخ) أقول : ولا ينتقض بالكتاب لكونه على خلاف القياس على ما مر تفصيله .

وإذا مات ولم يؤتس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لأنه عتق بموته وهو مدبر ، فصار كما إذا أعتقه بعد التدبير (ولو جاءت جاريته بولد فادعاه بثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولد له) لأنه يحتاج إلى ذلك لإبقاء نسله فألحق بالمصلح في حقه (وإن لم يكن معها ولد وقال هذه أم ولدى كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها ، وإن مات سعت في جميع قيمتها) لأنه كالإقرار بالحرية إذ ليس له شهادة الولد ، بخلاف الفصل الأول لأن الولد شاهد لها . ونظيره المريض إذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل . قال (وإن تزوج امرأة جاز نكاحها) لأنه لا يؤثر فيه الهزل ، ولأنه من حوائج الأصلية (وإن سعى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها) لأنه من ضرورات النكاح (وبطل الفضل) لأنه لا ضرورة فيه ، وهذا التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة وصار كالمرضى مرض الموت (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله) لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل (وكذا إذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم واحدة) لما بينا .

في الكتاب لا يوجد في المازل على زعم صاحب البحث الثالث . ولكن لا يمتنع على القطن أن الضمير المزبور راجع إلى حق

(فإن مات ولم يؤتس منه رشد يسعى في قيمته مدبرا لأنه عتق وهو مدبر وعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبرا) ألا يرى أن مصلحا لو دبر عبده في صمته ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته فعلى العبد أن يسعى في قيمته مدبرا لفرمائه . قيل ينبغي أن يسعى في قيمته قنا ، لأن العتق حصل بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة يوجب السعاية قنا كما لو أعتقه . وأجيب بأن الأصل أن الملحق بالشرط ليس بسبب قبله ، إلا أنه جعل هاهنا سببا قبله ضرورة فلا تظهر سببته في إيجاب السعاية عليه قنا ، وإنما تظهر في حق المنع عن البيع وعتق العتق بموته لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها . قيل سامنا ذلك . لكن يجب أن يسعى في ثلثي قيمته لأن التدبير وصية وفيها يسعى العبد كذلك . وأجيب بأنه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير . ألا يرى أن الرجوع في الوصية صحيح دون التدبير (ولو ولدت جاريته فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولد له لا يحتاجه إلى ذلك لإبقاء نسله) و (إيقاؤه من الحوائج الأصلية لحياة ذكر الإنسان بقاء الولد بعد موته فألحق السفه بالمصلح في حق الاستيلاء ، فإن مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرة لاصبيل عليها لأحد وإن مات مديونا (وإن لم يكن معها ولد) أي إن لم يعلم لها ولد منه (وقال هذه أم ولدى كانت بمنزلة أم الولد) لأن الدعوة حيثئذ كانت دعوة تحرير (فلا يقدر على بيعها ، وإن مات سعت في جميع قيمتها لأنه كالإقرار بالحرية ، إذ ليس لها شهادة الولد) فصار كأنه قال أنت حرة فيمتنع بيعها وتسعى في قيمتها بعد موته (بخلاف الفصل الأول لأن الولد شاهد لها) في إبطال حق الغير فكذا في دفع حكم الحجر عن تصرفه (ونظيره المريض إذا ادعى ولد جاريته على هذا التفصيل) يعني أن يكون معها ولد أو لم يكن الخ . قال (وإن تزوج امرأة جاز نكاحها) كلامه واضح ، وقوله (وصار كالمرضى مرض الموت) يعني في لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة ، إلا أن الزيادة في المرض تعتبر من الثلث وهاهنا غير معتبرة أصلا . وقوله (وكذا إذا تزوج بأربع نسوة) يعني يعتبر مهر المثل لا الزيادة سواء تزوج بهم في عقد واحد أو في كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك مرارا فإنه يصح تسميته في مقدار مهر المثل وبطل الزيادة (لما بينا) يعني قوله لأنه من ضرورات النكاح ، وبهذه المسئلة اعتضد أبو حنيفة رحمه الله على أنه

(قوله إلا أنه جعل هاهنا سببا قبله ضرورة) أقول : أي ضرورة أن لا يقع السبب بعد زوال الأهلية فإنها تزول بالموت (قوله لأنه من ضرورات النكاح) أقول : ولظاهر أنه يشير به إلى الدلائل السابقة لجواز النكاح وصحة تسميته مقدار مثل مهر المثل وبطلان الفضل (قوله وبهذه المسئلة اعتضد أبو حنيفة) أقول : قال الإفتاى : لكنهما يقولان السفه ليس بمقتضى هذا الطريق ، لأن السفه المعتاد ما يحصل له نوع غرض صحيحا كان أو فاسدا ، وليس في الغلط قبل الدخول على وجه لا يصل إليه لذة أو راحة فغرض ، وبمد الدخول إن تحقق غرض ، لكنه محصور لا يتصور فيه المجاوزة حده ، والسفه مجاوزة عن الحد في كل باب ، أو يقال بأنه لا يمكن رده بقدر السفه ، لأن طريق رده أن يسلقه بالمازل ، والمازل والحاد في هذا سواء انتهى ، وفيه تأمل .

قال (وتخرج الزكاة من مال السفينة) لأنها واجبة عليه (وينفق على أولاده وزوجته ومن يجب نفقته من ذوى أرحامه) لأن إحياء ولده وزوجته من حوائجه ، والإنفاق على ذى الرحم واجب عليه لقربته ، والسفينة لا يبطل حقوق الناس . إلا أن القاضى يدفع قدر الزكاة إليه ليصرفها إلى مصرفها ، لأنه لا بد من نيته لكونها عبادة . لكن يبعث أمينا معه كي لا يصرفه في غير وجهه . وفي النفقة يدفع إلى أمينه ليصرفه لأنه ليس بعبادة فلا يحتاج إلى نيته ، وهذا بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر بمينه وظهاره بالصوم لأنه مما يجب بفعله ، فلو فتحنا هذا الباب يلبس أمواله بهذا الطريق ، ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله . قال (فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها) لأنها واجبة عليه بإيجاب الله تعالى من غير صنعه (ولا يسلم القاضى النفقة إليه ويسلمها إلى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج) كي لا يتلفها في غير هذا الوجه (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها) استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها ، بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج (ولا يمنع من القرآن) لأنه لا يمنع من أفراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما (ولا يمنع من أن يسوق بدنة) نحرزا عن موضع الخلاف ، إذ عند عبد الله بن عمر رضى الله عنه لا يجوز غيرها وهي جزور أو بقرة . قال (فإن مرض أو وصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلثة) لأن نظره فيه إذ هي حالة

المازول في قوله لا في حق المازل . فالمعنى واللى يصح في حق المازل أن يقال لقصد العيب به دون ما وضع الكلام له لا ما ذكر

لا فائدة في الحجر عليه لأنه لا يسد باب إتلاف المال عليه بهذا الطريق . بل هذا أضرب له من إتلافه بطريق المبة إذ هو يكتب المحمدة في البر والإحسان والملمة في الزوج والطلاق ، قال صلى الله عليه وسلم « لمن الله كل ذواق مطلق » قال (وتخرج الزكاة من مال السفينة) والأصل في هذه المسائل أن ما وجب عليه من أمر أوجبه الله تعالى كالأزكاة وحجة الإسلام ، أو كان من حقوق الناس كتفقة من يجب نفقته عليه فهذا والمصلحة فيه سواء . لأنه غاطب وبالسفينة لا يستحق النظر في إسقاط شيء من حقوق الشرع عنه . ولا يبطل شيئا من حقوق الناس ، لكن لا يسمع قوله في القرابة حتى يقيم البيت عليها وعسرة القريب ، لأن إقراره بذلك بمنزلة الإقرار بالدين على نفسه فلا يلزم إقراره شيئا إلا في الولد ، فإن الزوجين إذا تصادقا على النسب قبل قولهما لأن كل واحد منهما في تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب ، والسفينة لا يؤثر في منع الإقرار بالنسب لكونه من حوائجه ، لكن لا بد من إثبات عسرة المقر له ، والإقرار بالزوجية صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة (قوله وهذا) أى ما ذكرناه مما أوجبه الله تعالى وما كان من حقوق الناس (بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر) يعنى ما أوجبه على نفسه (حيث لا يلزمه المال بل يكفر بمينه وظهاره بصوم) لكل حنث ثلاثة أيام متتابعات وعن كل ظهار شهرين متتابعين . وإن كان مالكا للمال حال التكفير (لأنه) أى كل واحد (مما يجب بفعله) إذ السبب التزامه فيتمكن فيه معنى التذير بفتح هذا الباب وتضييع فائدة الحجر . فإن قيل : التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقة فأنى يصح مع القدرة عليها ؟ أجيب بأن الاستطاعة متفتية . لأن دلائل الحجر توجب السعاية على من يعتقه السفينة كما تقدم ، ومع السعاية لا يقع العتق عن الظهار (قوله وإن أراد حجة الإسلام) واضح . وقوله (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا) لذلك ، والمقياس أن لا يعطى لها نفقة السفر ، لأن العمرة عندنا تطوع . كما لو أراد الخروج للحج تطوعا ، فإن جنى جناتية ، فإن كانت مما يجزئ فيه الصوم فعليه الصوم ليس إلا ، وإن لم يكن ولو لمه الدم يؤدى إذا أصح (فإن مرض أو وصى) وقيد بالمرض باعتبار أن الوصية غالبا تكون في المرض ، فإن السفينة الصحيح

(قوله قال عليه الصلاة والسلام « لمن الله كل ذواق مطلق » أقول : لمصلحة التمسك (قوله فلا يلزم إقراره شيئا إلا في الولد الخ) أقول : في غاية البيان ثم لا يصدق السفينة في إقراره بالنسب إذا كان رجلا إلا بأربعة أشياء فقوله والوالد والزوجية ومولى المتأق ، وإن كانت المقدسة امرأة فإنها تصدق في ثلاثة أشياء بالوالد والزوجية ومولى المتأق انتهى ، فتنبه لما بينهما من المخالفة .

انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء أو ثواباً ، وقد ذكرنا من التفرعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى . قال (ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحاً لماله عندنا والفسق الأصلي والطارئ سواء) وقال الشافعي : يحجر عليه زجره له وعقوبة عليه كما في السفه ولهذا لم يجعل أهلاً للولاية والشهادة عنده . ولنا قوله تعالى - فإن آتستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم - الآية . وقد أونس منه نوع رشد فتناولوه التركة المطلقة . ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه فيكون والياً للتصرف ، وقد قررناه فيما تقدم ،

في الكتاب ، فإنه إنما يصح في حق السفه فقط ، ، فيحتمل لا يكون لبحث ذلك القاتل وجه كما لا يخفى (قوله) ولنا قوله تعالى - فإن آتستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم - الآية وقد أونس منه نوع رشد فتناولوه التركة المطلقة (قال في النهاية وفي المبسوط : فقوله تعالى - رشداً - منكر في موضع الإثبات ، والتركه في موضع الإثبات تخص ولا تم ، فإذا أوجد رشد ما فقد وجد الشرط فيجب دفع المال إليه انتهى . أقول : تقرير دليل أئمتنا في هذه المسئلة على الوجه المذكور في الكتاب . وفي المبسوط : ينتقض بقول أبي يوسف وعبد رحهما الله في السفه المصلح في دينه دون ماله فإنه يحجر عليه عندهما كما مر . مع أنه قد أونس منه نوع رشد وهو الرشد في دينه ، فتناولوه التركة المطلقة فيجب أن يدفع إليه أيضاً ماله . والأظهر في تقرير استدلال أئمتنا بالآية المذكورة ما ذكره صاحب الكفاية بعد ذكر ما في الكتاب وشرحه على وفق ما في المبسوط حيث قال : ولأن الرشد في المال مراد بالإجماع ، فلا يكون الرشد في الدين مراداً كما لا يتم التركة المطلقة ، أو لأن الدفع معلق بإيناس رشد واحد لأنه تركه في موضع الإثبات ، فلا يكون الرشد في الدين مراداً لأنه حينئذ يكون معلقاً برشد في دينه فتدبر (قوله ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه فيكون والياً للتصرف) أقول : يرد النقض بالسفه المصلح في دينه دون ماله على قولهما لا محالة ، لأن الإسلام فيه أيضاً متحقق بل فيه أقوى ، فلم أن يكون من أهل الولاية فينبغي أن يكون والياً للتصرف أيضاً غير

إذا أوصى بوصية فحكمها كحكم المريض ، والقياس ينفي كما لو تبرع في حياته ، واستحسنوا فيها إذا وافق الحق وما يقترب به إلى الله تعالى أن يكون من الثلث ، لأن نظره فيه لأن وجوبها بعد وقوع الاستغناء من المال في أمر دينه ، وحينئذ لا نظر له في المانع وإنما النظر له في اكتساب الثناء الحسن بعد موته وفي تنفيذها ذلك (وقد ذكرنا من التفرعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى) فمن ذلك ما قال : إن الذي بلغ سفهاً والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يصنعه عندنا سواء ، إلا في أربعة مواضع : أحدها أنه يجوز للأب ولوصي الأب أن يتصرف على الصغير بشرط أن لا يبيع ، ولا يجوز تصرف الأب ولا وصي الأب على البالغ السفه إلا بأمر الحاكم . والثاني أنه يجوز نكاحه . ولا يجوز نكاح الصبي العاقل . والثالث أنه يجوز طلاقه وعتاقه ، ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا عتاقه ، والرابع أن الذي لم يبلغ إذا دبر عبده لا يصح تديره . وهذا السفه إذا دبر عبده صح تديره (قوله ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحاً لماله عندنا والفسق الأصلي والطارئ سواء . وقال الشافعي رحمه الله : يحجر عليه) ومبنى هذا لاختلاف على أن الحجر عنده لزجر والعقوبة والفاسق مستحق لذلك فيحجر عليه وإن كان مصلحاً لماله . وعندهما لا نظر له في ماله فإذا أصحح ماله لم يبق عليه حجر (وذلك لأن الله تعالى قال : - فإن آتستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم - الآية) نكرو الرشد وهو إطلاقه يتناول القليل منه والكثير ، ومن أصحح في ماله فقد أونس منه رشد (ولأنه أهل للولاية عندنا لإسلامه فيكون والياً للتصرف وقد قررناه فيما تقدم) يعني في أول كتاب النكاح .

(قوله إلا في أربعة مواضع) أقول : يعني سوى الوصية حيث علم حالاً (قوله نكرو الرشد وهو إطلاقه يتناول القليل منه والكثير) أقول : والمعنى أن يمنع مستنداً بالتصرف المطلق إلى الكامل (قوله ومن أصحح فيما له) أقول : وكذا من أصحح دينه دون ماله كالغفل ، فأذكره ينتقض به فتأمل .

ويحجر القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو أن يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له .

(فصل في حد البلوغ)

محجور عليه كما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله (قوله ومحجر القاضي عندهما أيضا ؛ وهو قول الشافعي بسبب الغفلة ، وهو أن يغبن في التجارات الخ) واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم ، فإنه ما حجر على حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارات ، بل قال له « قل لا خلافة لي الخيار ثلاثة أيام » فأثبت له البيع بشرط الخيار وما حجر . وأجيب بأن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى - ولا توتوا السفهاء أموالكم - لما أنه يتلف الأموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد ، كذا ذكره تاج الشريعة . قال صاحب العناية بعد ذكر الاعتراض والجواب . ورد بأن ذلك المنع المال وليس النزاع فيه ، وإنما النزاع في الحجر انتهى . وقال بعض الفضلاء : ويجوز أن يقال : يفهم منه الحجر أيضا بطريق الدلالة وإن لم يفد المنع كما سبق من دليلهما اه . أقول : ويجوز أن يرد هذا أيضا بأن الحجر أبلغ من منع المال في العقوبة كما مر في دليل أبي حنيفة على عدم الحجر على السفيه ، فأني يفهم من منع المال الحجر بطريق الدلالة وأن منع المال مفيد لأن غالب السفه في الهبات والصدقات . وذلك يقف على اليد كما مر هنا أيضا في دليله جوابا عن قوله ما منع لا يفيد بدون الحجر فيسقط قول ذلك القائل ما هنا وإن لم يفد المنع كما سبق من دليلهما . وقال الشارح العيني بعد نقل ما ذكره تاج الشريعة وصاحب العناية قلت : فيه نظر . لأن في حديث حبان بن منقذ نوع حجر ، لأنه عليه الصلاة والسلام أطلق له البيوع كلها بالخيار فصار كالمحجور في البيوع المطلقة فافهم اه . أقول : ليس ما قاله بشيء ، إذ لا شك أنه لا حجر في الحديث المزبور على حبان في شيء . بل فيه إرشاده إلى ما يليق بحاله من شرط الخيار في البيع ، وقول الشارح المذكور فصار كالمحجور في البيوع المطلقة يشعر باعتداله أيضا بأنه لم يصبر محجورا عليه حقيقة في شيء فلا يجدي ما قاله شيئا ما هنا . ولو سلم دلالة الحديث على كونه محجورا عليه في البيوع المطلقة : أي في البيوع التي لم يشترط فيها الخيار فلا تقع لما دفع مادة الاعتراض ما هنا فإن مذهب الإمامين والشافعي أن يحجر القاضي على المغفل في بيعه مطلقا : أي سواء شرط فيها الخيار أم لا ، فإرد عليه أن الحجر على المغفل في بيعه التي شرط فيها الخيار خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث حبان بن منقذ .

(فصل في حد البلوغ)

البلوغ في اللغة الوصول ، وفي الاصطلاح : انتهاء الصغر . ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر لم يكن بد من بيان

(ومحجر القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي على من ليس بسفيه لكنه متغفل) يعني في التجارات (ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له) واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم ، فإنه ما حجر على حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال له صلى الله عليه وسلم « قل لا خلافة لي الخيار ثلاثة أيام » وأجيب بأن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى - ولا توتوا السفهاء أموالكم - لما أنه يتلف الأموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد . ورد بأن ذلك المنع المال ، وليس النزاع فيه ، وإنما النزاع في الحجر ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فصل في حد البلوغ)

البلوغ في اللغة : الوصول . وفي الاصطلاح : انتهاء حد الصغر . ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر وجب بيان انتهائه ،

(قوله ورد بأن ذلك المنع المال) أقول : ويجوز أن يقال : يفهم منه الحجر أيضا بطريق الدلالة وإلا لم يفد المنع .

(فصل في حد البلوغ)

قال (بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال إذا وطئ * . فإن لم يوجد ذلك فتحق يَم له ثمانى عشرة سنة ، وبلوغ الجارية بالحض والاحتلام والحبل ، فإن لم يوجد ذلك فتحق يَم لها سبع عشرة سنة . وهذا عند أبي حنيفة وقالوا : إذا تم الغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بانوا ، وهو رواية عن أبي حنيفة . وهو قول الشافعى . وعنه فى الغلام تسع عشرة سنة . وقيل المراد أن يطعن فى التاسع عشرة سنة ويَم له ثمانى عشرة سنة فلا اختلاف . وقيل فيه اختلاف الرواية لأنه ذكر فى بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة ، أما العلامة فلأن البلوغ بالإنزال حقيقة والحبل والإحبال لا يكون إلا مع الإنزال . وكذا الحض فى أوان الحبل . فجعل كل ذلك علامة البلوغ . وأدنى المدة لذلك فى حق الغلام اثنتا عشرة سنة . وفى حق الجارية تسع سنين . وأما السن فلهم العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة . وله قوله تعالى - حتى يبلغ أشده - وأشد الصبي ثمانى عشرة سنة ، هكذا قاله ابن عباس وتابعه القتي . وهذا أقل ما قيل فيه فينبى الحكم عليه للتيقن به . غير أن الإناث نشوعن وإدراكهن أسرع فنقصنا فى حقهن سنة لاشتغالها على الفصول الأربعة التى يوافق واحد منها المزاج لأمالة . قال (وإذا راعى الغلام أو الجارية الحلم وأشكل أمره فى البلوغ فقال قد بلغت . فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين) لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتهما ظاهرا . فإذا أخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه ، كما يقبل قول المرأة فى الحض .

انتهاه . وهذا الفصل لبيان ذلك (قوله وهذا أقل ما قيل فيه . فينبى الحكم عليه للتيقن به) أقول : يرد على قوله للتيقن به اعتراض قوى . وهو أنه لا شك أن المتيقن به فى بلوغ الصبي وشده إنما هو أكثر ما قيل فى أشده من المدد دون أقل ما قيل فيه ، لأنه إذا بلغ الأكثر منها فقد بلغ الأقل منها دون العكس . نعم وجود الأقل فى نفسه لا يستلزم وجود الأكثر ، بخلاف العكس ، لكن ليس الكلام هاهنا فى وجود مدة فى نفسها بل فى كون تلك المدة أشد الصبي . وللمتيقن به فيه إنما هو أكثر ما قيل فى أشده بلا ريب ، ثم لى لى أر أحدا من الشراح حام حول هذا الإشكال سوى تاج الشريعة صاحب الكفاية . فلهمما قالوا : فإن قيل : ينبى أن يقال بالأكثر لأنه المتيقن ، إذ الأدنى يكون فى الأكثر دون العكس . قلنا : أول الآية - ولا تقرىوا مال اليتيم - لى قوله - حتى يبلغ أشده - والله تعالى مد الحكم لى غاية الأشد . وأقل ما قيل فى تفسيره ثمانى عشرة . وهو المتيقن . إذ لو مد لى أقصاه لا بد أن يمد لى ثمانى عشرة ، ولو مد لى لى لا يكون ممتدا لى أقصاه فكانت ثمانى عشرة متيقنا فى كون الحكم

وهذا الفصل لبيان ذلك . قال (بلوغ الغلام بالاحتلام الخ) الحلم بالضم ما يراه النائم ، يقال حلم واحتلم بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال إذا وطئ ، والأصل هو الإنزال . قال الله تعالى - وإذا بلغ الأطفال منك الحلم ، فإن لم يوجد شيء من ذلك فتحق يَم له ثمانى عشرة سنة ، وبلوغ الجارية بالحض والاحتلام والحبل ، فإن لم يوجد ذلك فتحق يَم لها سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة رضى الله عنه ، وقالوا : إذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بانوا ، وهو رواية عنه وهو قول الشافعى رحمه الله . وكلامه ظاهر لا يحتاج لى شرح . وإنما قال : وهذا أقل ما قيل فيه لأن بعضهم قال اثنتا عشرة وسنن سنة وبعضهم خمس وعشرون سنة وهو قول عمر رضى الله عنه (قوله وإذا راعى الغلام أو الجارية) يقال : راعى : أى دنا منه . وصي مرافق أى : دان للحلم) وأشكل أمره فى البلوغ ولم يعلم ذلك إلا منه فقال قد بلغت فالقول قولهما) ثم قيل : إنما يعتبر قوله بالبلوغ إذا بلغ اثنتى عشرة سنة أو أكثر ، ولا يقبل فيها دون ذلك لأن الظاهر يكذب . وقد أشار لى ذلك بقوله : وأدنى المدة لذلك فى حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفى حق الجارية تسع سنين ، والله أعلم .

(قال المصنف : فينبى الحكم عليه للتيقن به) أقول : قد بحث .

(باب الحجر بسبب الدين)

(قال أبو حنيفة : لا أحجر في الدين ، وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرامؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه) لأن في الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص .

ثمندا إليها فينبى الحكم عليه انتهى . أقول : في الجواب نظر ، لأن الأشد في الآية الكريمة المذكورة منتهى الحكم السابق ، وغايته كما يدل عليه قطعا قوله تعالى - حتى يبلغ أشده - فمجرد دخول مد الحكم السابق إلى ثمانى عشرة في مده إلى أقصى ما قيل في تفسير الأشد لا يلزم كون ثمانى عشرة منتهى الحكم السابق وغايته حتى يلزم كونها أشده فيها إذا مد الحكم إلى أقصاه أيضا ، وإنما يلزم وجودها في نفسها في ضمن وجود مدة أكثر منها فلم يكن متيقنا بها من حيث كونها الأشد بل من حيث وجودها في نفسها ، والمطلوب هاهنا هو الأول دون الثانى ، فلا يتم التقريب . والحق في أصل التعليل أن يقال : وهذا أقل ما قيل فيه . فينبى الحكم عليه للاحتياط كما وقع في الكافي والتبيين ، إلا أنه قال في الكافي بمد قوله للاحتياط : ولأنه متيقن به ، وأما في التبيين فقد اكتفى بقوله للاحتياط وهو الأصوب .

(باب الحجر بسبب الدين)

تلقب هذا الباب بالحجر بسبب الدين وما قبله بالحجر للفساد إما على قولهما فقط كما قالوا في فصل تكبيرات التشريق من كتاب الصلاة وفي باب مقاسمة الحد من علم القرائض ، لأن أبا حنيفة لا يرى شيئا منها ، وأما على قولهم جميعا بناء على تعلق نظر كلهم بذلك لإثباتها منها ونفيا منه . ثم إن الحجر بسبب الدين لما كان مشروطا بطلب الغرماء كان فيه وصف زائد ، فصار بالنظر إلى ما قبله بمنزلة المركب من المفرد فلا جرم أثر تأخير عنه (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله : لا أحجر في الدين ، وإذا وجب ديون على رجل وطلب غرامؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه ، لأن في الحجر عليه إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص) قال صاحب العناية في هذا المقام : وأبو حنيفة لا يجوز له لأن فيه إهدار أهليته ، وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الأعلى للأدنى انتهى . أقول : لا يلعب عليك أن قوله فلا يترك الأعلى . للأدنى لا تناسب ما قبله من المقدمتين بل ينافي في الظاهر . فكان حق العبارة أن يقال : فلا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى كما قاله المصنف في أوائل باب الحجر للفساد ، وأشار إليه هاهنا بقوله فلا يجوز لدفع ضرر خاص ، وعن هذا قال بعض الفضلاء : ولعل العبارة فلا يرتكب . وقوله فلا يترك

(باب الحجر بسبب الدين)

الدين أيضا من أسباب الحجر عندهما . لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة المركب فلا جرم أثر تأخير عنه . وينبى القاضى أن يشهد أنه حجر عليه في ماله احتياطا لنفى التجادل إن وقع ، وأن يبين أن الحجر كان بسبب الدين لأنه مختص بالمال الموجود له في الحال دون ما يحدث له بالكسب أو غيره ، حتى يعلم أنه لو تصرف في الحادث نفذ . وأن يبين من الحجر لأجله باسمه لأنه يرتفع بإبراء التفرج ووصول حقه إليه فيحتاج إلى معرفته وأبو حنيفة رحمه الله لا يجوز له لأن فيه إهدار أهليته) وذلك ضرر فوق ضرر المال . فلا يترك الأعلى للأدنى . فإن قيل : لإهدار الأهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن . وإنما يكون الأول أعلى أن لو كانا في شخص واحد . فالجواب أن ضرر الدائن يتدفع بالحس لا بحالة . والحس ضرر يلحق المديون بمجازاة شرعا ، ولو لم يكن أعلى ما انتدفع به ضرر الدائن وإهدار الأهلية أعلى من الحس

(باب الحجر بسبب الدين)

(قوله فلا يترك الأعلى للأدنى) أقول : فيه بحث ، ولعل العبارة فلا يرتكب ، وقوله فلا يترك اسم من التسلخ (قوله وإنما يكون الأول أعلى الخ) أقول : في المحصر بحث (قوله ولو لم يكن أعلى) أقول : من ضرر الدائن (قوله وإهدار الأهلية أعلى الخ) أقول : فيه بحث

(فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لأنه نوع حجر . ولأنه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص

سهو من الناسخ انتهى . ثم أقول : يمكن توجيه ما عليه التسخ الآن بوجوه : الأول أن يحمل المراد بالأعلى في قوله فلا يترك الأعلى للأذن على أهلية للمليون لا إهدار أهليته ، وبالأذن على المالك نفسه لا على ضرره ، يرشد إليه أنه قال للأذن ولم يقل لدفع الأذن كما قاله المصنف . ولا شك أن كون إهدار أهليته ضررا فوق ضرر المال إنما هو بسبب كون أهليته أعلى : أي أشرف ، وكون المال أدنى : أي أخس ، فإن ضرر فوت الأشرف فوق ضرر فوت الأخس لا محالة . فإن قلت : المطابق لقوله في السؤال الآتي وإنما يكون الأول أعلى أن لو كانا في شخص واحد أن يكون المراد بالأعلى إهدار الأهلية وبالأذن ضررا يقابله . قلت : تطبيق ما في الموضعين في حيز المراد غير لازم ، فإن علو نفس الأهلية شرفا وعلو إهدارها ضررا متلازمان ، وكذا دناءة نفس المال ودنائة ضرره ، فجاز أن يراد بالأعلى والأذن في موضع نفس الأهلية ونفس المال وفي موضع آخر ضررها ، ويحصل بهذا القدر ما هو المقصود في كل من الموضعين كما لا يخفى على المتأمل . والثاني أن يحمل الترك المنفي في قوله فلا يترك على معنى الإبقاء فيكون معنى قوله فلا يترك الأعلى للأذن فلا يبقى الضرر الأعلى لأجل الضرر الأدنى : أي لأجل دفعه ، ومعنى الترك بمعنى الإبقاء واقع في التنزيل كقوله جل اسمه - وتركنا عليه في الآخرين - أي أبقينا - نص عليه في القاموس وشائع في كلام المصنفين حيث يقولون : ترك على حاله ، ووقع في كلام المصنف أيضا في هذا الباب حيث قال : ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي . فإن قلت : معنى الإبقاء لا يناسب هذا المحل ، لأن المتبادر من نفي إبقاء إهدار الأهلية تحقق إهدارها أولا ، إذ البقاء فرع التحقق ، ومنهجب أبي حنيفة أن لا يجوز إهدار أهلية الإنسان رأسا لأن فيه إلحاقه بالبهائم . قلت : لا تسلم تبادل ذلك في صورة المنفي ، وكون البقاء فرع التحقق إنما هو في الثبوت . ولئن سلم ذلك فيمكن أن يلزم الحمل على خلاف المتبادر من ظاهر اللفظ بقرينة المقام . والثالث أن تحمل كلمة لا في قوله فلا يترك على الزائدة كما في قوله تعالى - لتلا يعلم أهل الكتاب - وفي قوله تعالى - لا أقسم بهذا البلد - وغيرها من الأمثلة . فإن قلت : قد عيئت مواقع زيادة لا في أكثر كتب النحو : أحدها مع الواو بعد النون . وثانيها بعد النون المصدرية . وثالثها قبل القسم على قلة . ورابعها مع المضارع على التثنية ، وما نحن فيه ليس منها في شيء . قلت : ذكر ابن هشام في معنى اللبيب وقوع لا الزائدة في مواضع من التنزيل ، وعد منها قوله تعالى - وما يشعركم أنها إذا جاءت لا يؤمنون - فيمن فتح الحزمة . وقال : فقال قوم منهم الخليل والفارسي لا زائدة ، وإلا لكان هنرا للكفار ، وعد منها أيضا قوله تعالى - وحرام على قرية أهلكناها أنهم لا يرجعون - وقال فقيل لا زائدة ، والمعنى ممنع على أهل قرية قدرنا إهلاكهم لكفرهم أنهم يرجعون عن الكفر إلى قيام الساعة اه . ولا يخفى أن هذين الموضعين ليسا من المواقع الأربعة المعينة وموافق لما نحن فيه ، فكفى بهما حجة لهذا الوجه من التوجيه . فإن قلت : لا ينظم حينئذ آخر الكلام وهو قوله للأذن ، إذ لا معنى لأن يقال : يترك الضرر الأعلى للضرر الأدنى ، فإن ترك الضرر الأعلى ليس للضرر الأدنى بل لكونه أشد وأقبح منه . ثم إن هذا إذا لم يكن معنى قوله للأذن لدفع الأدنى : وأما إذا كان معناه ذلك كما هو الظاهر ففساد المعنى أظهر . إذ يصير المعنى إذ ذاك فيترك الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى فيلزم أن لا يحصل شيء من الضررين ، وليس كذلك قطعا . قلت : يمكن نظم ذلك بأن يحمل اللام في قوله للأذن على معنى عند ، فيكون معنى الكلام فيترك الضرر الأعلى عند تيسر الضرر الأدنى لوجوب اختيار أهون الشرين . وهذا معنى مستقيم كما ترى ، ومعنى اللام بمعنى عند قد ذكره ابن هشام في معنى اللبيب ومثله بقولهم كتبت خمس خطون ، وقال : وجعل منه ابن جني قراءة قوله تعالى

فيكون أعلى من ضرر الدائن ، وإذا كان كذلك (فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لأنه نوع حجر ولأنه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ،

(قال المصنف : ولأنه تجارة لا عن تراض الخ) أقول : قال الله تعالى - ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض - .

- بل كذبوا بالحق لما جاءهم - بكسر اللام وتخفيف الميم اه . والإنصاف أن هذا الوجه أبعد الوجوه التي ذكرنا نتوجيه كلام صاحب العناية هاهنا لكن مقصودنا بيان جملة ما لوحظ من الاحتمالات في توجيه كلامه بحسب الإمكان على القواعد العقلية والتقليدية . ثم قال صاحب العناية : فإن قيل : إهدار الأهلية ضرر يلحق المدينون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن ، وإنما يكون الأول أعلى لو كان في شخص واحد . فالجواب أن ضرر الدائن يتدفع بالحبس لا بحالة ، والحبس ضرر يلحق المدينون مجازة شرعا ، ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن وإهدار الأهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى من ضرر الدائن اه كلامه .

أقول : حاصل السؤال منع كون إهدار أهلية المدينون أعلى ضررا من ضرر الدائن مستندا بكونهما في شخصين دون شخص واحد . وحاصل الجواب إثبات المقدمة المنوعة بطريق قياس المساواة بحيث يظهر منه بطلان السند أيضا . تقريره أن إهدار الأهلية أعلى ضررا من الحبس ، والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن ينتج أن إهدار الأهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن بملاحظة مقدمة مقرر . وهي أن الأعلى من الأهل من الشيء أعلى من ذلك الشيء ، ولا شك أن هذا القياس يقتضي كون إهدار الأهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن وإن كانا في شخصين فسقط المنع وبطل السند ، ولكن لما كان في المقدمة الثانية من القياس الزبور وهي قولنا والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن نوع خفاء بينها الشارح المذكور أولا بما حاصله أن ضرر الدائن يتدفع بالحبس ، ولو لم يكن الحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن لما اندفع هذا بذلك . ثم ذكر المقدمة الأولى والنتيجة لظهورهما بلا بيان . ثم أقول : في الجواب بحث . أما أولا فلأن قوله إن ضرر الدائن يتدفع بالحبس لاحالة في جيز المنع لجواز أن يختار المدينون الحبس أبدا ولا يوفى حق الدائن فلا يتدفع حيثئذ ضرر الدائن . وأما ثانيا فلأن الحبس لو كان أعلى ضررا من ضرر الدائن لما جاز الحبس عند أبي حنيفة رحمه الله بناء على مقتضى قوله لا يتحمل الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى كما هو الأثر في إثبات مذهبه في هذه المسئلة ، مع أن الحبس جائز بالإجماع ومتعين عند أبي حنيفة . ويمكن أن يجاب عن الأول بأن اختيار المدينون الحبس الأبدي مع قدرته على أداء الدين بعيد جدا غير واقع في العادة إلا بغاية الندرة . وبمبنى الأحكام الشرعية على الغالب الأكثر . وعن الثاني بأن الحبس ليس بمجرد دفع ضرر المال عن الدائن ، بل هو مع ذلك جزء لظلم المدينون الدائن بالماطلة ، وقد صرح المصنف في فصل الحبس من قضاء القضاء بكون الحبس من جزء الماطلة حيث قال : وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غيره لم يجعل بحسبه وأمره بدفع ما عليه ، لأن الحبس جزء الماطلة فلا بد من ظهورها وأشار إليه الشارح المذكور في أثناء الجواب الزبور بقوله : والحبس ضرر يلحق المدينون مجازة شرعا ، ولعل قصده الإشارة إليه كان باعفا على ذكره هذه المقدمة أثناء الجواب ، وإلا فلا مدخل له أصلا في إثبات المقدمة المنوعة في السؤال كما ظهر من تقريرنا السابق ، فإذا كان كذلك فاختيار الحبس للمجازاة التشريعية مع اندفاع ضرر المال عن الدائن به أيضا لا مجرد دفع هذا الضرر الذي هو أدنى من ضرر الحبس حتى يقتضيه به قول أبي حنيفة لا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى . فإن قلت : هب أن الحبس ليس بمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل له وبخلاف ظلم الماطلة بما لكن يتدفع به ظلم الماطلة أيضا كما فصيح منه قول المصنف فيما بعد ، ولكن بحسبه أبدا حتى يبيعه في دينه إزاء الحق التزمه ودفعه لظلمه اه . فيقياس المقدمة المذكورة في الجواب القائلة : ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن ، يقال : ولو لم يكن الحبس أعلى من ظلم الماطلة لما اندفع به ذلك الظلم ، فيلزم أن يكون الحبس أعلى من ظلم الماطلة أيضا فيعود انتقاض قوله لا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى بالحبس . قلت : المتدفع بالحبس ظلمه الآف وهو المراد بقول المصنف فيما بعد دفعه لظلمه الماضي ، إذ لا مجال لدفع ما تحقق فيما مضى من الماطلة لأنه مرص لا يبيى ، والذي جعل الحبس جزء له إنما هو ظلمه الماضي واختيار الحبس لمجازاة ظلمه الماضي مع دفع ظلمه الآف ودفع ضرر المال عن الدائن أيضا فلا يتمشى التفض بالنظر إلى مجازاة ظلمه الماضي كما لا يتفق . وثمن سلم

(ولكن يحبس أيدا حتى يبيعه في دينه) إيفاء لحق الغرماء ودفعاً لظلمه (وقالا : إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ،

كون الحبس أعلى من ظلمه مطلقاً ومن ضرر الدائن فنقول : إن قوله لا يتحمل الأعلى الدفع الأدنى قول على موجب القياس ؛
والحبس قد ثبت بالنص من كتاب وسعة على ما صرحوا به في فصله وفصلوه فترك به القياس . بخلاف الحجر بسبب الدين فإنه لم يثبت بنص فيجوز فيه القياس ويسقط التقض بالحبس قطعاً . لا يقال : الحجر بسبب الدين أيضاً ثبت بالنص وهو ما روى وأن معاذاً ركبته ديون فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالخصص كما ذكر في البدائع والتبيين وبعض شروح هذا الكتاب دليلاً على قول الإمامين في هذه المسألة . لأننا نقول : أجابوا عنه في تلك الكتب أيضاً عن قيل أبي حنيفة بأن بيع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان يذنه ، استعان بالنبي عليه الصلاة والسلام . وقالوا : والدليل عليه أن بيع ماله لا يجوز حتى يأمره ويأبى ، ولا يظن بمعاذ رضى الله عنه أن يخالف أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقال في البدائع : مع ما روى «أنه طلب من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقضياً ببركته » اهـ . فظهر أنه لانس يدل على جواز الحجر بسبب الدين . فتعين أن المدارف هو القياس . وتحقيق هذا المقام على هذا المنوال من الأسرار التي وقفت لها بتوفيق الله تعالى . ثم إن من الحجابات هاهنا أتى قد ابطلت في زمان من الأزمان بأن أمتحن مع بعض من عد من الأهالي والأعيان لأجل بعض من المدارس في يوم واحد من كتب ثلاثة : الهداية - شرح المواقف - وشرح المفتاح . فاتفق أن يقع البحث من هذا الكتاب من أول هذا الباب . فكان استخراج بعض من أصحاب الامتحان في هذا المقام على أن تكون كلمة لو في قول صاحب العناية في الجواب : ولو لم يكن أعلى ما انتفع به ضرر الدائن وصالية . فجعل كلمة أهل مضافة إلى كلمة ما ، وجعل كلمة ما موصولة . فبني على هذا الاستخراج خرافات من الأوهام . فلما عرض ذلك على الصديقين الذين كانا حاكمين في ذلك الامتحان بينا بطلانه وشمنا عليه جداً ، ومع ذلك لم يرجع عن رأيه الباطل بل أصر عليه ، وراجع بعض الوزراء واستعان بشهادة بعض من جهلة المدرسين بالمدارس العالية فوقع النزاع وشاع الأمر حتى كاد تقع فتنة عظيمة ، وقد دس من قال : رحم الله امرأ عرف قدره فلم يتعد طوره (قوله ولكن يحبس أيدا حتى يبيعه في دينه) أقول :
يرد على ظاهر عبارة المصنف هاهنا ما أورده صاحب العناية على نظيرها في أوائل باب الحجر لتفاد بأن قال : تسامح عبارته في الجمع بين الأبد وحتى ظاهر . ويمكن توجيه عبارته هاهنا أيضاً بما وجهنا به عبارته هناك من حمل الأبد على الزمان الطويل الممتد . ويمكن هاهنا توجيه آخر وهو أن تكون كلمة حتى هاهنا بمعنى كي دون إلى ، فيصير معنى الكلام : ولكن يحبس أيدا ليكون سبباً لبيعه . فلا مسامحة في الجمع أصلاً إذ المسامحة إنما هي في الجمع بين الأبد وحتى بمعنى الانتهاء دون السببية كما لا يخفى ، ثم لا يقصد بالأبد معنى اللوام البتة ، ولكنه أمر آخر وراء المسامحة في الجمع تأمل توقف (قوله) وقالوا : إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه) أقول : لقائل أن يقول : لا يجب أن يكون المحجور عليه مفلساً ، بل يجوز الحجر على الفقي أيضاً عندما نظراً لغرمائه ، بل الحجر بسبب الدين إنما يفيد فائدته في حق الفقي دون المفلس كما لا يخفى على الفطن . فذكر المفلس في وضع المسألة محل بحث ، لا يقال : قد ذكر في النهاية وغيرها نقلاً عن الذخيرة أن من مشايخنا من قال : مسألة الحجر بسبب الدين بناء على مسألة القضاء بالإفلاس حتى لو حجر عليه ابتداء من غير أن يقضى عليه بالإفلاس لا يصح حجره بلا خلاف ، والإفلاس عندهما يتحقق في حالة الحياة فيمكن للقاضي القضاء بالإفلاس وبالحجر بناء عليه . وعند أبي حنيفة رحمه الله : الإفلاس في حال الحياة لا يتحقق ، فلا يمكنه القضاء بالإفلاس أولاً وبالحجر بناء عليه ، ومنهم من جعل هذه المسألة مسألة مبتدأة ، فعلى هذا القول المانع من الحجر عند أبي حنيفة كون الحجر متضمناً لإلحاق الضرر بالمحجور ولا تعلق له بالقضاء ولكن يحبس حتى يبيعه في دينه إيفاء لحق الغرماء ودفعاً لظلمه . وقالوا : إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه .

(قال المصنف : ولكن يحبس أيدا حتى يبيعه) أقول : فإن قيل : الحبس أيضاً يعلم الرضا كما سبق في الإكراه فلا يصح البيع . قلنا : الحبس لقضاء الدين بما يجتازه من الطريق فلا يكون إكراه على البيع . فليتأمل . قال المصنف : (ودفعاً لظلمه) أقول : فإن قضاء الدين

ومنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضرب بالغرماء (لأن الحاجر على السفه إنما يجوز له . وفي هذا الحاجر نظر للغرماء لأنه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم . ومعنى قولهما ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل ، أما البيع بثلث المثل لا يطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه . قال (وباع ماله إن امتنع المفسد من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما) لأن البيع مستحق عليه لإيفاء دينه حتى يحبس لأجله ، فإذا امتنع نائب القاضى منابه كما في الحب والعنة . قلنا : النتيجة موهومة . والمستحق قضاء الدين ، والبيع ليس بطريق متعين لذلك ، بخلاف الحب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق ، كيف ولو صح البيع كان الحبس إضرارا بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المدينين فلا يكون مشروعاً . قال (وإن كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضى بغير أمره وهذا بالإجماع ، لأن للدائن حق الإخذ من غير رضا فللقاضى أن يعينه) وإن كان دينه دراهم وله دنائير أو على ضد ذلك باعها القاضى في دينه)

بالإفلاس اه . فيجوز أن يكون ذكر المفسد في وضع المسئلة في الكتاب بناء على اختيار قول من قال مسئلة الحاجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالإفلاس . لأننا نقول : ما ذكر في الكتاب في تضاعيف بيان المذهبين في هذه المسئلة وتقرير دليلهما كقوله في مذهب أبى حنيفة : وإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لأنه نوع حجر ، وقوله في مذهبهما لأنه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ، وقوله فيه أيضا : وباع ماله إن امتنع المفسد من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص يدل قطعا على أن ليس مدار ما في الكتاب على اختيار قول من قال مسئلة الحاجر بناء على مسئلة القضاء بالإفلاس ، إذ القضاء بالإفلاس لا يتصور فيما إذا ظهر ماله . وتلك الأقوال المذكورة في الكتاب صريحة في ظهور ماله ، بل مدار ما في الكتاب على اختيار قول من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة غير مبنية على مسئلة القضاء بالإفلاس كما لا يخفى . فالجواب أن يقال : ليس المراد بالمفسد في قوله إذا طلب غرماء المفسد الحاجر عليه معناه الحقيقي ، بل المراد به أما من يدعى الإفلاس فيتناول الغنى أيضا ، إذ الظاهر أن المدينين الذي لا يؤدى دينه يدعى الإفلاس وإن كان غنيا في نفسه ، وأما من حاله حال المفسد ، ولا شك أن الغنى الذي لا يؤدى دينه حاله في عدم أداء الدين حال المفسد فلا يلزم تخصيص المسئلة بمأوه مفسد حقيقة (قوله يمنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضرب بالغرماء) أقول : وجه ذكر التصرف المطلق بين البيع والإقرار مع أنهما من جنس التصرف أيضا غير واضح . والعهد في ذلك على القسورى ، لأن هذه العبارة عبارة القسورى والمصنف معبر عنه ، ولكنه لو أصلحها

ومنعه التصرفات) وكلامه ظاهر . ومعنى قوله بأقل من ثمن المثل أن يبيع بالغبن يسيرا كان أو فاحشا . وقوله (النتيجة موهومة) لأنه احتمال مرجوح فلا يهدر به أهلية الإنسان ولا يرتكب البيع بلا تراض . وقوله (والبيع ليس بطريق متعين لذلك) لأنه يمكنه الإيفاء بالاستقراض والاستيباب والسؤال من الناس ، فلا يجوز للقاضى تعيين هذه الجهة عليه (بخلاف الحب والعنة) فإن التفريق هناك متعين لأنه لما لم يمكنه الإيساك بالمعروف تعين عليه التصريح بالإحسان فلما امتنع عن التسريح بالإحسان مع عجزه عن الإيساك بالمعروف نائب القاضى منابه في التفريق (قوله والحبس لقضاء الدين) جواب عن قولهما حتى يحبس برفع الدين لأجله : أى لأجل البيع وتقريره . سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لأجل البيع بل لقضاء الدين بما اختاره من الطريق الذى ذكرناه من الاستقراض والاستيباب وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه (قوله كيف) أى كيف صح البيع (ولو صح المبيع كان الحبس ظلما لأنه إضرار بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المدينين فلم يكن مشروعاً)

واجب عليه والمساطة ظلم (قال المصنف : والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق) أقول : لكنه مخالف لما سبق آتفا من قوله ولكن يحبس حتى يبيعه فيدينه والأمر به (قال المصنف : فلا يكون مشروعاً) أقول لكنه مشروع بالإجماع فلا يصح البيع .

وهذا عند أبي حنيفة استحسان . والقياس أن لا يبيعه كما في العروض ، ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبرا . وجه الاستحسان أنهما متحdan في الثنية والمالية مختلفان في الصورة ، فبالنظر إلى الاتحاد ثبت للقاضي ولاية التصرف ، وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملا بالشبهين . بخلاف العروض لأن الغرض يتعلق بصورها وأعيانها ، أما النفوذ فوسائل فافترقا (ويبيع في الدين التقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالأيسر فالأيسر) لما فيه من المصارعة . وقيل مستان وهو اختيار إلى قضاء الدين مع مراعاة جانب المدينون (ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويبيع الباقي) لأن به كفاية شمس الأئمة الحلواني ، لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له من ملابس . قال (فإن أقر في حال الحجر بإقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون ، لأنه تعلق بهذا المال حتى الأولين فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم ، بخلاف الاستهلاك لأنه مشاهد لا مرد له) ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه) لأن حقهم لم يتعلق به لعلمه وقت الحجر . قال (ويتفق على المقتلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوى أرحامه ممن يجب نفقته عليه) لأن حاجته الأصلية مقلمة على حق الغرماء ، ولأنه حتى ثابت لغيره فلا

بصرف لكان أصلح كما لا يخفى (قوله وهذا عند أبي حنيفة استحسانا) قال كثير من الشراح : إنما خص أبا حنيفة بالذكر وإن كان هذا بالإجماع لأن الشبهة ترد على قوله لأنه كان لا يجوز بيع القاضي على المدينون في العروض ، وكان ينبغي أن لا يجوز في التقنين أيضا لأنه ممنوع من البيع وهو بيع الصرف اهـ . أقول : ما ذكره إنما يتم أن لو كان عبارة المصنف . وهذا عند أبي حنيفة بدون ذكر قوله استحسانا ، وأما عند ذكر قيد الاستحسان كما هو الواقع في كلام المصنف فقد كان ذلك مخصوصا بأبي حنيفة رحمه الله في الحقيقة ، فإن كون جواز بيع التقنين بطريق الاستحسان دون القياس إنما هو قول أبي حنيفة فقط ، وأما عندما فيجوز بيع التقنين بطريق القياس فلا احتياج إلى الاعتذار بتدبير (قوله بخلاف الاستهلاك) قال جماعة من الشراح : قوله بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون : يعني أنه إذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المثلغ عليه أسوة لسائر الغرماء اهـ كلامه . أقول : في تفسيرهم نوع خلط ، إذ في صورة استهلاك مال الغير ليست الموائضة بضمانه مقدمة على قضاء الديون كما يوهمه قولهم يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون : بل الموائضة بذلك مع قضاء الديون بمرتبة واحدة . ثم قولهم فكان المثلغ عليه أسوة لسائر الغرماء صريح في كون المجموع بمرتبة واحدة . لكن الكلام في استدراك أول كلامهم بل اختلافه ، فالأظهر الأنحصر ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال في شرح قول المصنف بخلاف الاستهلاك حيث يصير المثلغ عليه أسوة للغرماء بلا خلاف اهـ . وما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال في شرح ذلك : حيث يلزمه ضمانه في الحال ويكون المثلغ عليه أسوة لسائر الغرماء اهـ (قوله ويتفق على المقتلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار) أقول : ليس المقتلس هاهنا على معناه الحقيقي كما مر نظيره . بل على عدم إرادة الحقيقة هاهنا أظهر ،

ولكنه مشروع بالإجماع فلم يصح البيع (قوله وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) وإنما خصه بالذكر وإن كان هذا بالإجماع لأن الشبهة ترد على قوله لأنه كان لا يجوز بيع القاضي على المدينون في العروض ، وكان ينبغي أن لا يجوز في التقنين أيضا لأنه نوع من البيع وهو بيع الصرف (قوله عملا بالشبهين) قيل : إنما لم يعكس حيث لم يعمل للغيرم ولاية الأخذ نظرا إلى الاتحاد لأنه يلزم ترك أحد الشبهين لأن ولاية القاضي أعم وأقوى ، فلو ثبت للغيرم ولاية الأخذ مع قصوره لثبت للقاضي لقوته . وقوله (ويبيع في الدين التقود) حاصله أن القاضي نصب ناظرا فينبغي أن ينظر للمدينون كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان أنظر له . وقوله (بخلاف الاستهلاك) متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون : يعني إذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المثلغ عليه أسوة لسائر الغرماء (لأنه مشاهد لا مرد له) بخلاف الإقرار فإن سببه محتمل . وقوله (قوله لأن الشبهة ترد على قوله الخ) أقول : فيه بحث (قوله يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون) أقول : فيه بحث .

يطلبه الحجر . ولهذا لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء . قال (فإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماءه حبسه وهو يقول لامال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدا ، إلى أن قال : وكذلك إن أقام البيئة أنه لا مال له : يعنى خلى سبيله لوجوب النظرة إلى الميسرة ، ولو مرض في الحبس يبقى فيه إن كان له خادم يقوم بمعالجته ، وإن لم يكن أخرجه نحرزا عن هلاكه ، والمخترق فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه ، بخلاف ما إذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطوها لا يمنع عنه لأنه قضاء إحدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الأخرى . قال (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنونه من التصرف والسفر) لقوله عليه الصلاة والسلام « لصاحب الحق يد ولسان » أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضى . قال (ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالخصص) لاستواء حقوقهم في القوة (وقالوا : إذا فلسه

لأن قوله من ماله يأتي إرادتها قطعا ، وعن هذا وقع في الكافي وغيره بدل المفلس المديون ، فالمراد بلفظ المفلس في عبارة الكتاب المعنى المجازى على أحد التوجيهين اللذين ذكرتهما فيما مر من قبل فذكر (قوله قال فإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماءه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) أقول : كان لفظ مختصر القدورى والبداية هاهنا هكذا : وإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماءه حبسه وهو يقول لامال لي حبسه الحاكم في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كتمن المبيع وبدل القرض وفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة . اهـ . وقد ترك المصنف في النقل بعض ذلك من اثنين كما ترى ، ولم يظهر لي وجه لذلك سوى الحمل على النسيان من المصنف عند كتب هذه المسئلة في الهداية لأمر يترى الإنسان في بعض الأحيان على مقتضى البشرية (قوله إلى أن قال : وكذلك إن أقام البيئة أنه لا مال له) قوله إلى أن قال متعلق بقوله قال ، فإن لم يعرف للمفلس مال : يعنى قال القدورى في مختصره : فإن لم يعرف للمفلس مال . إلى أن قال : وكذلك إن أقام البيئة أنه لا مال له . وقوله يعنى خلى سبيله تفسير من المصنف لمراد القدورى بقوله وكذلك إن أقام البيئة أنه لا مال له . وقوله لوجوب النظرة إلى الميسرة تعليل لذلك . وأقول : كان الأولى والأظهر أن يقدم المصنف قوله إلى أن قال على قوله وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوه في كتاب أدب القاضي فلا يعترض كلام نفسه أثناء نقل كلام القدورى فيورث التشويش للناظر في تعلق قوله إلى أن قال بقوله قال فإن لم يعرف للمفلس مال أو أن يترك قوله إلى أن قال ويقول قال وكذلك إن أقام البيئة أنه لا مال له كما هو عادته في سائر المواضع حتى يكون كلاما مستقلا كتنظيره ولا يكون قلعا كما ذكره تبصر تفهم (قوله ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالخصص لاستواء حقوقهم في القوة) أقول : لقاتل أن يقول : هذا

(وإن لم يكن أخرجه نحرزا عن هلاكه) لأنه لا يجوز إهلاكه لكان الدين ، ألا يرى أنه لو توجه الهلاك إليه بالخصصة لكان له أن يدفعه بمال الغير ، فكيف يجوز إهلاكه لأجل مال الغير . وعن أبي يوسف رحمه الله : أنه لا يخرج من السجن في هذه الصورة أيضا . لأن الهلاك لو كان إنما يكون بسبب المرض ، وأنه في الحبس وغيره سواء . وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم لا يمنع عن الاكتساب في السجن لأن فيه نظرا للجائنين ، بل جانب المديون لأنه يتفق على نفسه وحياله ، ولرب الدين . لأنه إذا فضل منه شيء يصرف ذلك إليه . وقوله (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس) أى لا يمنعون من أن يدوروا معه أينما دار (يلازمونه ولا يمنونه من التصرف والسفر لقوله صلى الله عليه وسلم « لصاحب الحق يد ولسان » أراد باليد الملازمة . وباللسان التقاضى) ووجه التمسك أن الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذى يكون بعد الإطلاق عن الحبس وقبله . وقوله (يقسم بينهم بالخصص) أى يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين ، هذا إذا أخذوا فضل كسبه بغير اختياره أو أخذ القاضى وقسمه بينهم بدون اختياره . وأما المديون في حال صحته لو أثر أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله

الحاكم حال بين الغرماء وبينه إلا أن يقيموا البيعة أن له مالا) لأن القضاء بالإفلاس عندهما يصح فثبت العسرة ويستحق النظر إلى الميسرة . وعند أبي حنيفة رحمه الله : لا يتحقق القضاء بالإفلاس . لأن مال الله تعالى غاد ورائح ، ولأن وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق إلا ظاهرا فيصلح للدفع لا لإبطال حق الملازمة . وقوله إلا أن يقيموا البيعة إشارة إلى أن بيعة اليسار ترجح على بيعة الإعسار لأنها أكثر إثباتا ، إذ الأصل هو العسرة . وقوله في الملازمة لا يمنونه من التصرف والسفر دليل على أنه يدور معه أينما دار ولا يجلس في موضع لأنه حبس (ولو دخل داره لحاجته لا يتيهه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج) لأن الإنسان لابد أن يكون له موضع خلوة ، ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالتحيار إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الأضييق عليه ، إلا إذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبس دفعاً للضرر عنه (ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها) لما فيها من الخلوة بالأجنبية ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها . قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه) وقال الشافعي رحمه الله : يحجر القاضي على المشتري بطله .

التعليل قاصر عن زيادة تمام المدعي ، لأن استواء حقوقهم في القوة إنما يفيد عدم جواز تقديم بعضهم على البعض الآخر فيستدعي وجوب القسمة بينهم ولا يفيد أن تكون القسمة بينهم بالحصص : أي بقدر حصة كل واحد منهم من الدين . بل يوم لزوم

ذلك ، نص على ذلك في فتاوى التتسي فقال : رجل عليه ألف درهم ثلاثة نفر لواحد منهم خمسمائة وآخر منهم ثلاثمائة وآخر منهم مائتان وماله خمسمائة ، فاجتمع الغرماء وحسبوه بديونهم في مجلس القضاء كيف يقسم أموالهم بينهم ؟ قال : إذا كان المدينون حاضرا فله أن يقضي ديونه بنفسه : وله أن يقدم البعض على البعض في القضاء : ويؤثر البعض على البعض لأنه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به حق أحد فيصرف فيه على حسب مشيئته ، وإن كان المدينون غائبا والمدينون ثابتة عند القاضي فالقاضي يقسم ماله بين الغرماء بالحصص ، إذ ليس للقاضي ولاية تقديم بعضهم على بعض . وقوله (بيعة اليسار ترجح) اليسار اسم للإيسار من أيسر : أي استغنى ، والإعصار مصدر أعسر : أي افتقر ، وفي بعض النسخ على بيعة العصار بمعنى الإعسار . قال في المغرب : وهو خطأ . وقوله (لأنها أكثر إثباتا) لأن بيعة الإعصار تؤكد ما دل عليه غيره ، إذ الأصل هو العسرة فصار كيفية ذي اليد في مقابلة بيعة الخارج ، وقوله في الملازمة (لا يمنونه الخ) تفسير الملازمة (ولا يجلس في موضع لأنه حبس) وليس بمستحق عليه . وعن محمد رحمه الله أنه قال للمدعي أن يحبس في مسجد حبه أو في بيته ، لأنه ربما يطوف في الأسواق والسكك لغير حاجة فيقتصر المدعي (ولو دخل داره لحاجته) كنفه أو غائط (لا يتيهه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج ، لأن الإنسان لا بد له من موضع خلوة) وعن هذا قيل : إذا أعطاه الغداه أو أعد له موضعا لأجل الغائط له أن يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب (ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالتحيار إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الأضييق) والأشد (عليه) إلا إذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبس دفعاً للضرر عنه (وفي معناه منعه عن الإكساب بقدر قوت يومه وليلته) والدائن الرجل لا يلازم المديونة لاستبازها الخلوة بالأجنبية ، لكن يبعث امرأة أمينة تلازمها) قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه) إذا اشترى متاعا من رجل فأفلس والمتاع باق في يده (فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه . وقال الشافعي رحمه الله : يحجر القاضي بطلب البائع على المشتري) حتى لا ينفذ تصرفه بالبائع وغيره

(قوله قال في المغرب : وهو خطأ) أقول : ويوجه هنا بأنه على سبيل الإزدواج كما في قوله عليه الصلاة والسلام : ارجعن مأجورات غير مأجورات (قوله لاستبازها الخلوة بالأجنبية الخ) أقول : يعني لاستلزام الملازمة الخلوة الخ ، والتفسير في تلازمها راجع إلى المدينة

ثم للبائع خيار الفسخ لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لأنه عقد معاوضة ، ومن قضيته المساواة وصار كالسلم . ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وإنما المستحق وصف في الذمة : أعني الدين ، وبقيض العين تتحقق بينهما مبادلة . هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها ، إلا في موضع التعذر كالسلم لأن الاستبدال متنع فأعطى للعين حكم الدين ، والله أعلم .

الاستواء فيما أخذه . وتعام المدعي هاهنا وجوب القسمة بينهم بالحصص لا مجرد وجوب القسمة بينهم فليأتمل (قوله لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع ، وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة)

(ثم للبائع خيار الفسخ لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن والعجز) عن إيفاء الثمن (يوجب حق الفسخ قياساً على العجز عن إيفاء المبيع ، والجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) فإن قيل : قياس مع وجود فارق وهو فاسد ، وذلك لأن الثمن دين في الذمة وهو مانع عن الفسخ ، بخلاف المبيع فإنه عين يرد عليها الفسخ . أجاب بقوله (وصار كالسلم) يعني لا سلم أن كونه ديناً يمنع عن الفسخ فإن المسلم فيه دين لا محالة ، وإذا تملز قبضه بانتطاعه عن أيدي الناس كان لرب السلم حق الفسخ (ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد) لأنه يوجب العجز عن تسليم العين المتقودة من الدراهم والذنانير (وهو ليس بمستحق بالعقد ، وإنما المستحق به وصف في الذمة : أعني الدين) والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ إذا لم يتغير على البائع شرط من شروط عقده فصار كما لو كان المشتري ملياً . وتوضيح ذلك أن موجب العقد ملك الثمن وهو يملك به ديناً في الذمة . وبقاء الدين ببقاء عمله والذمة بعد الإفلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين المقلس والملي . فإن قيل : هذا استدلال في مقابلة ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إنما رجل أفلس فأدرك رجل » وفي رواية « فوجد البائع عنده متاعه فهو أحق به » والاستدلال في مقابلة النص فاسد ، فالجواب أنه معارض بما روى انحصاف بإسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إنما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو أسوة غرماته فيه » وتأويل حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن المشتري كان قبضه بشرط الخيار للبائع . فإن قيل : ما ذكرتم من الدليل إن صح بجميع مقدماته لزم أن لا يفسخ العقد إذا كسدت الفلوس . لأن موجب العقد لم يتغير لأن الثمن دين في الذمة . وهي باقية كما كانت قبل الكساد . أجيب بأننا لا نسلم عدم التغير لأن موجب العقد ملك فلوس هي ثمن ولم يبق بعد الكساد كذلك . ولا يشكل بما إذا عجز المكاتب عن أداء البذل فإن موجب العقد لم يتغير وللمولى أن يفسخ لأن موجب العقد ملك للمولى البذل بالقبض لأنه ليس بدين حقيقة كما تقدم . فإذا عجز فقد تغير موجب العقد (قوله وبقيض العين) جواب عما يقال : لما كان العين المتقودة غير مستحقة بالعقد وجب أن لا تبرا ذمة المديون بدفع المتقودة ، وتقديره أن قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت في الذمة غير متصور وجعل الشارح العين بدلًا عنه . فإذا قبض العين بدلًا عنه (تتحقق بينهما مبادلة) من حيث أنه ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر وصف فيلتحقان قصاصاً (هذا هو الحقيقة) أي تتحقق المبادلة هو الحقيقة في قضاء الدين (فيجب اعتبارها ما لم يتعذر) وفيما نحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ (بخلاف السلم) فإنه لا يمكن تحقق المبادلة فيه لخرمة الاستبدال فيه بقوله صلى الله عليه وسلم « لا تأخذ إلا سملك أو رأس مالك » فيجب أن يعمل العين المقبوضة في مقابلة ما في الذمة عين ما هو في الذمة فكان العجز عنه عجزاً عما أوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ ، والله أعلم بالصواب .

(قوله والجامع بينهما أنه (الخ) أقول: فيه بحث ، بل اللة الجاسئة هي العجز عن التسليم . وقوله وهذا لأنه عقد معاوضة الخ لبيان صحة التقياس فليأتمل (قوله وهو ملك به) أقول : التصدير في قوله به راجع إلى العقد .

(كتاب المأفون)

الإذن : الإعلام لغة ،

قال صاحب العناية في تقرير هذا المحل : لأنه عجز المشتري عن إيفاء العن . والعجز عن إيفاء الثمن يوجب حتى الفسخ قياساً على العجز عن إيفاء المبيع ، والجامع بينهما أنه عقد معاوضة . ومن قضيته المساواة اهـ . ورد بعض الفضلاء قوله والجامع بينهما أنه عقد معاوضة حيث قال : فيه بحث ، بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم ، وقوله وهذا لأنه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتأمل اهـ . أقول : ليس ذلك بسديد ، لأن مجرد العجز عن التسليم لا يكاد أن يكون علة جامعة في صحة القياس هاهنا بدون ملاحظة كون العقد معاوضة ، وإلا لزم أن يوجب العجز على التسليم حتى الفسخ في غير عقد المعاوضة أيضاً ولم يقل به أحد ، فالمدار في تحقق العلة الجامعة هاهنا كون البيع عقد معاوضة وهو الوجه لبيان المصنف صحة القياس هاهنا بقوله وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة ، والقول بأن الجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة ليس بما تفرد به صاحب العناية : بل أطلبت على التصريح به كلمة الثقات هاهنا كصاحب الكافي وصاحب معراج الدراية والإمام الزليعي وغيرهم ، والله أعلم .

(كتاب المأفون)

إيراد كتاب المأفون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة ، إذ الإذن يقتضى سبق الحجر ، فلما ترتب وجودا ترتب أيضاً ذكرهما وللتناسب (قوله الإذن الإعلام لغة) أقول : لم أر قط في كتب اللغة المتداولة بين الثقات مجيء الإذن بمعنى الإعلام ، وإنما المذكور فيها كون الأذان بمعنى الإعلام ، وقوله الإذن الإعلام لغة محل نظر يظهر ذلك لمن يراجع كتب اللغة . نعم قد وقع في كلام كثير من المشايخ في كتب الفقه تفسير معنى الإذن لغة بالإعلام كما ذكره المصنف . ولعلهم تسامحوا في التفسير فعبروا عن معنى الإذن من أذن له في الشيء إذنا : أى أباحه ، كما صرح به في القاموس بما يلازمه عادة من الإعلام . ولا يتخلو عن نوع الإيماء إليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال هاهنا يحتاج إلى بيان الإذن لغة وشرعا ، ثم قال : أما لغة فالإذن في الشيء رفع المانع لمن هو محجور عنه وإعلام بإطلاقه فيما حجب عنه من أذن له في الشيء إذنا اهـ . ثم إن من المستبعد هاهنا ما ذكره الإمام الزليعي حيث قال في التبيين : والإذن في اللغة الإعلام . ومنه الأذان وهو الإعلام بدخول الوقت اهـ . وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال في فصل شرائط الركن من كتاب المأفون : لأن الإذن هو الإعلام ، قال الله تعالى - وأذان من الله ورسوله - أى إعلام اهـ . فإن مقار ما ذكره اتحاد الإذن والأذان حيث استشهدا بمعنى أحدهما على معنى آخر وليس كذلك قطعا ، والأظهر في تفسير معنى الإذن لغة ما ذكره شيخ الإسلام غوامر زاده في مبسوطه حيث قال : أما الإذن فهو الإطلاق

(كتاب المأفون)

إيراد كتاب المأفون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة ، إذ الإذن يقتضى سبق الحجر (وهو في اللغة عبارة عن الإعلام ،

(كتاب المأفون)

وفى الشرع : فك الحجر وإسقاط الحق عندنا ،

لأنه ضد الحجر وهو المنع فكان إطلاقاً عن شيء أى شيء كان له . (قوله وفى الشرع فك الحجر وإسقاط الحق عندنا) قال فى غاية البيان : يعنى أن العبد كان محجوراً عن التصرف لحق المولى ، فإذا أذن له المولى أسقط حق نفسه له . وقال فى النهاية : أى إذا أذن المولى لعبد فى التجارة إسقاط لحق نفسه الذى كان العبد لأجله محجوراً عن التصرف فى مال المولى قبل إذنه ، وبالإذن أسقط حق نفسه عنه له . وقال فى العناية : فإن المولى إذا أذن لعبد فى التجارة أسقط حق نفسه الذى كان العبد لأجله محجوراً عن التصرف فى مال المولى قبل إذنه له . وقال تاج الشريعة : لأنه كان للمولى حق فى رقية العبد فقبل الإذن لانتقل الديون برقبته ولا يكسبه . وبعد الإذن يسقط هذا الحق وتتعلق الديون بها له . وقال فى الكفاية : وفى الشرع فك الحجر وإسقاط الحق وهو حق المولى ماله الكسب والرقبة فإنه يمنع تعلق حق الغير بها صونا لحق المولى ، وإنه بالإذن أسقط حقه له . فنخلص من المجموع أن المراد بالحق هاهنا حق المولى ، وقد أفصح عنه المصنف فيما بعد حيث قال : وانحجاره عن التصرف لحق المولى لأنه ما عهد تصرفه لإلزاماً بتعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال المولى فلا بد من إذنه كى لا يطل حقه من غير رضاه له . قال صاحب الإصباح والإيضاح : المراد بالحق هاهنا حق المنع لاحق المولى لأنه مع اختصاصه بإذن العبد غير صحيح ، لأن حق المولى لا يسقط بالإذن ولذلك يأخذ من كسبه جبراً على ما سأتى ، وللسقط هو المولى إن كان المأذون رقيقاً والولى إن كان صيباً له كلامه . أقول : فيه نظر . أما أولاً فلأن كون المراد بالحق هاهنا حق المنع لائىافى كونه حق المولى ، بل يقتضيه لأن حق المنع المتعلق بالعبد هو حق المولى لاحق غيره : فإن معنى حق المنع حق هو منع من التصرف على أن تكون الإضافة بيانية . ومعنى حق المولى حق هو للمولى ، على أن تكون الإضافة بمعنى اللام ، ولا ريب أن الحق الذى هو منع العبد عن التصرف إنما يكون للمولى لا لغيره فكان حقاً له قطعاً . وأما ثانياً فأنه إن أراد به بقوله لأن حق المولى لا يسقط بالإذن أنه لا يسقط به أصلاً فممنوع ، كيف وسأتى أنه إذا لزمته ديون تحيط بكسبه ورقبته تطلعت بكسبه ورقبته جميعاً فيباع كل ذلك للقرماء فيسقط حق المولى فى كسبه ورقبته جميعاً لاهالة . وإن أراد بذلك أنه لا يسقط به فى الجملة كما إذا لم تحط بهما ديون فسلم ، لكن لا ينعى نفاذ إذ ليس المراد بإسقاط الحق فى معنى الإذن شرعاً إسقاطه بالكلية البتة ، بل المراد به إسقاطه فى الجملة ، وذلك يتحقق فى صورة إحاطة الدين بل فى صورة عدم إحاطته أيضاً بالنظر إلى البعض الساقط بمقدار الدين كما لا يخفى . وأما اختصاص حق المولى بإذن العبد فلا يضر إذ المقصود بالذات فى كتاب المأذون بيان إذن العبد : وإنما يبين فيه إذن الصبي أيضاً على سبيل التبعية فيجوز أن يكون مدار ما ذكره فى تفسير الإذن فى الشرع على ما هو المقصود بالذات فى كتاب المأذون . ثم إن صاحب النهاية قال : وأما حكمه فما هو التفسير الشرعى وهو فك الحجر الثابت بالرق شرعاً عما يتناوله الإذن لا الإنابة والتوكيل . لأن حكم الشيء ما يثبت به ، والثابت بالإذن فى التجارة فك الحجر من التجارة . وقال : هذا ما ذكره فى المبسوط والإيضاح والذخيرة والغنى وغيرها له . وقد اتفق أثره الإمام الزلى على حيث قال فى التبيين : وحكمه هو التفسير الشرعى وهو ما ذكرنا من فك الحجر له . أقول : كون حكم الإذن مأو بتفسيره للشرعى غير معقول المعنى ، لأن حكم الشيء على ما تقرر عندهم إنما هو أثره الثابت به المرتب عليه ، وقد أشار إليه صاحب النهاية أيضاً بقوله لأن حكم الشيء ما يثبت به ، ولا يذهب على ذى مسكة أن ما يثبت بالشيء ويصير أثراً مرتباً عليه لا يصلح أن يكون تفسيراً لذلك الشيء محمولاً عليه بالمواطأة . ثم أقول : ليس المذكور فى الذخيرة وغيرها أن حكمه ما هو تفسيره الشرعى ، بل المذكور فيها هكذا ، وأما بيان حكمه فنقول : حكمه شرعاً عندنا فك الحجر الثابت بالرق شرعاً عما يتناوله الإذن لا الإنابة ولا التوكيل ، لأن حكم

وفى الشرع : فك الحجر وإسقاط الحق عندنا) فإن المولى إذا أذن لعبد فى التجارة أسقط حق نفسه الذى كان العبد لأجله

(قوله وفى الشرع فك الحجر وإسقاط الحق عندنا) أقول : لا يخفى عليك أن إذن الصبي والممنوع ليس به إسقاط الحق ، وسيجىء تفصيله .

والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته ، لأنه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بإسانه الناطق وعقله المميز وانحجازه عن التصرف لحق المولى ، لأنه ما عهد تصرفه إلا موجبا تعلق الدين برقبته وبكسبه ، وذلك مال المولى فلا بد من إذنه كى لا يبطل حقه من غير رضاه ، ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ،

الشيء ما يثبت به ، والثابت بالإذن في التجارة فك الحجر عن التجارة اهـ . فيجوز أن يكون المراد بفك الحجر المذكور فيما ما هو مصدر من المبنى المفعول فيقول إلى معنى افكك الحجر ويصير صفة للحجر . ولا شك أن المراد بفك الحجر المذكور في تفسير الإذن شرعا ما هو مصدر من المبنى للفاعل وصفة للإذن . فيصح أن يكون المذكور في تلك الكتب حكما للإذن الشرعى ، إذ لا ريب أن الانفكاك أثر ثابت بالفك كالانكسار مع الكسر . ثم إن الأظهر في بيان حكم الإذن ما ذكره صاحب غاية البيان وعزاه إلى التحفة حيث قال : وأما حكمه فك المأذون ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وضرواها ، وعدم ملكه ما لم يكن كذلك ، إلى هذا أشار في التحفة ، وذلك لأن حكم الشيء ما يثبت بالشيء . والثابت بالإذن ما قلنا فكان حكما له ، إلى هنا كلامه (قوله والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته ، لأنه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بإسانه الناطق وعقله المميز) فإن قيل : المأذون عديم الأهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلا لنفس التصرف . لأن التصرفات الشرعية إنما تراد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك فلا يكون أهلا لسيه . أجيب بأن حكم التصرف ملك اليد والرقيق أهل لذلك ، ألا يرى أن استحقاق ملك اليد يثبت للمكانب مع قيام الرق فيه . وهذا لأنه مع الرق أهل للحاجة فيكون أهلا لقضاها وأدى طريق قضائها ملك اليد فهو الحكم الأصل للتصرف ، وملك العين شرع للتوصل إليه فاهو الحكم الأسلى يثبت للعبد وما وراء ذلك يغلقه المولى فيه ، وهو نظير من اشترى شيئا على أن البائع بالخيار ثم مات . فتى اختار البائع البيع يثبت ملك العين الفوارث على سبيل الخلافة عن المورث يتصرف بإشره المورث بنفسه ، وكذا ذكر في كثير من شروح هذا الكتاب وفي عامة كتب الأصول . أقول : فيه بحث ، لأنهم إن أرادوا أن الرقيق له ملك اليد بأهليته الأصلية الذاتية كما هو المتبادر من كلامهم بشكل ما تقرر عندهم من أن المكاتب مملوك لمولاه رقية لا يدا . والمدير مملوك له يدا لرقية ، والرقن مملوك له يدا ورقية . فإن الرقيق إذا كان مالكا يده فكيف يكون مملوكا لمولاه يدا في صورة إن كان قنا أو مدبرا . وإن أرادوا أن له ملك اليد بأهليته المكتسبة من مولاه بالإذن أو الكتابة فلا يتم التعريب ، إذ كلام المصنف وغيره صريح في أن أهل أمصان أن العبد المأذون له متصرف لنفسه بأهليته الأصلية الثابتة له بإسانه الناطق وعقله المميز فليأمل في التوجيه (قوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى)

محجورا عن التصرف في مال المولى قبل إذنه (والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته لأنه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بإسانه الناطق وعقله المميز) لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته أو كسبه وذلك حق المولى انحجزه عنه (فلا بد من إذنه كى لا يبطل حقه من غير رضاه) فقوله وإسقاط الحق الخ كال تفسير لقوله فك الحجر . وقوله عندنا إشارة إلى خلاف الشافعى رحمه الله ، فإن الإذن عندنا توكيل وإنابة ، وصح المصنف رحمه الله كونه إسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التأثيت . فإنه لما كان تصرفه بحكم مالكيته الأصلية وأنها عامة لا تختص بنوع ومكان ووقت دل على أنه إسقاط لحق المولى لا غير ، إذ الإسقاطات لا تتوقف كالطلاق والعاقق . فإن قيل : قوله فك الحجر جواب وإسقاط الحق المذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه ؟ فالجواب من وجهين : أحدهما أنه ليس باستدلال وإنما هو تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرف بذلك كما أشرنا إليه . والثانى أن حكمه الشرعى هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا ، وصح المصنف كونه يتصرف بأهلية نفسه بقوله (ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى) وهذا لأن أول تصرف بإشره العبد

ثم اعلم أن قوله وإسقاط الحق عندنا كال تفسير لقوله فك الحجر (قوله كما أشرنا إليه) أقول : يعنى بقوله وصح المصنف الخ (قوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة الخ) أقول : قال صاحب الهداية في أول الوكالة إن وكل صبيا محجورا عليه بمثل البيع والشراء وحيدا محجورا عليه جاز ، ولا تتعلق بهما الحقوق وتعلق بمكملهما (قوله وهذا لأن أول تصرف بإشره العبد المأذون الشراء)

ولهذا لا يقبل التأقيت ، حتى لو أذن لعبده يوما أو شهرا كان مأذونا أبديا حتى يحجر عليه ، لأن الإسقاطات لا تتوقف ، ثم الإذن كما ثبتت بالصريح يثبت بالدلالة ، كما إذا رأى عبده يبيع

قال في العناية : وصح المصنف كونه يتصرف بأهلية نفسه بقوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى . وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع . والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لأنه يتصرف في ذمته بإيجاب الثمن فيها . حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا بماله ، ولهذا لو أقر على نفسه بالتقصص صح وإن كذبه المولى فكان الشراء حقا له ، وهذا المعنى يقتضى نفاذ تصرفاته قبل الإذن أيضا ، لكن شرطنا إذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه اه . وهذا حاصل ما ذكره صاحب التباية نقلا عن الذخيرة . أقول : يرد على ظاهر قوله لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع أنه لا يلزم من أن لا يكون له مال يبيعه أن يكون أول تصرفه الشراء لجواز أن يكون أول تصرفه أخذ المضاربة أو إيجار نفسه فإنه يملك كل واحد من ذلك التصرفين كما سيأتى في الكتاب ، ولا يقتضى شئ منهما أن يكون له مال كما لا يخفى . ويمكن أن يقال : يجوز بناء قوله المبرور على ما هو الأصل في التجارة وما هو الغالب وقوعا فيها . ولا يخفى أن الأصل في التجارة هو البيع والشراء كما سيأتى التصريح به من المصنف ، وأنهما هما الغالب وقوعا في باب التجارة . فعلى مقتضى ذلك البناء إذا لم يكن للعبد المأذون في أول تصرفه مال يبيعه يتعين له الشراء ثمة . وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه . والجواب أنه عند الخصم فإن مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوله على ما سيحكي . اه . أقول : في كل من إيجاره وجوابه سقامة . أما في الأول فلا يخفى قال : بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه بطريق الإجازة ، وكان الظاهر أن يقول : بل يجوز أن يكون أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه ، على أن قوله مؤاجرة نفسه خطأ على ما ذكر في الأساس والمغرب ، وكان الصواب أن يقول : بدل ذلك إيجار نفسه كما قلت فيها مر . وأما في الثاني فلا بد بصدد إثبات ما قلنا إن العبد المأذون له يتصرف بعد الإذن لنفسه بأهليته لا بصدد الجواب عما قاله الخصم ، بل لم يقع التصريح من المصنف ما هنا بما قاله الخصم أصلا فكيف يصح أن تحمل المقدمة المذكورة على مذهب الخصم في أحد قوله دون مذهبتنا ، على أنها لو حلت على مذهب الخصم لم نسلم أيضا لجواز أن يكون أول تصرف يباشره أخذ المضاربة كما ذكرنا من قبل ، والخصم لا ينكر جواز ذلك فلم يعد الحمل على مذهبه . فالذى يمكن في الجواب ما قدمنا لا غير (قوله ولهذا لا يقبل التأقيت) قال صاحب العناية : وصح المصنف كونه إسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التأقيت . ثم قال : فإن قيل : قوله فك الحجر وإسقاط الحق المذكور في حيز التعريف فكيف

المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع ، والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لأنه يتصرف في ذمته بإيجاب الثمن فيها ، حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا بماله ، ولهذا لو أقر على نفسه بالتقصص صح ، وإن كذبه المولى فكان الشراء حقا له وهذا المعنى يقتضى نفاذ تصرفاته قبل الإذن أيضا ، لكن شرطنا إذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه ، والرضا بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع . فالتقييد بالتوقيت غير مفيد فلا يعتبر . فإن قيل : العبد المأذون حديم الأهلية يحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلا لنفس التصرف ، لأن التصرفات الشرعية إنما تراد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك . أوجب بأن حكم التصرف ملك اليد والرق أصل في ذلك ، وقد قررنا تمام ذلك في التقرير . فإن قيل : لو كان الإذن فك الحجر والعبد يتصرف بأهليته لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لأنه أسقط حقه والناقص لا يعود . أوجب بأن الرق لما كان باقيا كان الحجر بعده امتناعا بحق الإسقاط فياستعمل لأن الناقص لا يعود (ثم إن الإذن كما ثبتت صريحا يثبت بدلالة ، كما إذا رأى عبده يبيع)

أقول : بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه . والجواب أنه عند الخصم فإن مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوله على ما سيحكي . ثم اعلم أن قوله وهذا إشارة إلى قوله وصح المصنف كونه الخ (قوله والرضا بالضرر لا يتفاوت الخ) أقول : فيه بحث

ويشترى فسكت بصير مأذونا عندنا خلافا لزرفر والشافعي رحمهما الله .

جاء الاستدلال عليه ؟ فالجواب من وجهين : أحدهما أنه ليس باستدلال . وإنما هو تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معروف بذلك كما أشرنا إليه . والثاني أن حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لامن حيث كونه تعريفا له كلامه . أقول : في كل من وجهي الجواب نظر . أما في الأول فلأن تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معروف بذلك عين الاستدلال ، فإن ما يدل على ذلك هو الدليل ، وتصحيح النقل به هو الاستدلال ، فما معنى قوله إنه ليس باستدلال . وأما في الثاني فلأن كون حكمه الشرعي هو تعريفه بما لا يكاد يصح . لأن حكم الشيء ما هو خارج عنه مباين له وإن كان أثرًا مترتبًا عليه ، وتعريف الشيء ما هو محمول عليه بالمواطأة متحد به في الذات فأنى يكون أحدهما هو الآخر . وقد مر مثل ذلك من قبل . والحق في الجواب أن يقال : ليس الاستدلال المذكور على نفس التعريف حتى يرد أن التعريف لا يقبل الاستدلال عليه لأنه تصور ، والتصور لا يكتسب من التصديق بل على الحكم الضمني . كان يقال : هذا التعريف صحيح ، وهذا التعريف مطابق لأصولنا أو نحو ذلك . ولا يفتي أن تلك الأحكام تصديقات تقبل الاستدلال عليها قطعا ، ونظير هذا ما حققوا في قته من أن المنع والتفصيص والمعارضة في التعريف إنما توجه إلى الأحكام الضمنية لا إلى نفس التعريفات . تدبر ترشد

من ماله شيئا (ويشترى فسكت بصير مأذونا عندنا خلافا لزرفر والشافعي رحمهما الله) وهو من باب بيان الضرورة وقد عرف في الأصول . قالوا : السكوت محتمل للرضا وفرط الغيظ وقلة الالتفات إلى تصرفه لعمله بكونه محجورا ، والمحتمل لا يكون حجة . قلنا : جعل سكوته حجة لأنه موضع بيان . إذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى . ومعاملتهم قد تفضي إلى حقوق ديون عليه ، وإذا لم يكن مأذونا تأخر المطالبة إلى ما بعد الحق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك إضرار بالمسلمين بإتواء حقهم ولا إضرار في الإسلام ، وليس للمولى فيه ضرر متحقق لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه . فكان موضع بيان أنه راض به أولا ، والسكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان . فإن قيل : عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره ، وكذا إذا رأى أجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن إذنا . والمرتب إذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن إذنا ، وإذا رأى رقيقه يزوج نفسه وسكت لا يكون إذنا فما الفرق ؟ أجيب بأن الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بإزالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بسكوته ، وليس في ثبوت الإذن في غيره ذلك لما قلنا إن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ، ولا يلزم من كون السكوت إذنا بالنظر إلى ضرر متوهم كونه إذنا بالنظر إلى متحقق . وهو الجواب عن بيع الأجنبي ماله . وفي الرهن لم يصح سكوته إذنا لأن جعله إذنا يطل ملك المرتب عن اليد . وقد لا يصل إلى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق . لا يقال : الراهن أيضا يتضرر ببطان ملكه عن الفتن فراجع ضرر المرتب تحكم ، لأن بطلان ملكه عن الفتن موقوف ، لأن بيع المروء موقوف على ظاهر الرواية ، وبطلان ملك المرتب عن اليد بات فكان أقوى . وأما الرقيق عبدا كان أو أمه إذا زوج نفسه فأنما لم يصح السكوت فيه إذنا . قال بعض الشارحين ناقلا عن ميسوط شيخ الإسلام رحمه الله : لأن السكوت إنما يصير إذنا وإجازة دفعا للضرر ، ولا ضرر على أحد في نكاح العبد والأمة ، لأن النكاح يكون موقوفا ، لأن نكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من إصلاح ملكه ، ومنافع بضع المملوكة كذلك ، وليس لأحد إبطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا وأمكن فسخه فلا يتضرر به أحد . وقيل : فيه نظر ، لأنه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على إذن المولى وإجازته ، وإنما هو في أن سكوته إجازة أولا ،

(قوله إذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى الخ) أقول : لما أن يقولوا ذلك لحاجة للمعامل حيث اغترأ بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى ، ولذلك نظائر (قوله وليس للمولى فيه ضرر متحقق ، لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه) أقول : إذا كان حقوق الدين غير متحقق كان الضرر في حق الناس أيضا متوهمًا فكيف يسقط به الحق الثابت للمولى على العبد ، لا بد من التأمل (قوله وقيل فيه نظر ، لأنه لا كلام في أن نكاح الرقيق الخ) أقول : وعنى أن النظر غير وارد ، لأن كون السكوت إذنا كان لأجل دفع الضرر ، فحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يعمل إذنا .

ولا فرق بين أن يبيع عبدا مملوكا أو لأجنبي بإذنه أو بغير إذنه بيعا صحيحا أو فاسدا ، لأن كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ، ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم . قال (وإذا أذن المولى لعبده في التجارة إذا عاها جاز تصرفه في سائر التجارات) ومعنى هذه المسئلة أن يقول له أذنت لك في التجارة ولا يقيد به . ووجهه أن التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشترى ما بدا له من أنواع الأعيان لأنه أصل التجارة (ولو باع أو اشترى بالغبن اليسير فهو جائز) لتعذر الاحتراز عنه (وكلنا بالفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) هما يقولان إن البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع ، حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الإذن كالمهبة .

(قوله ولا فرق بين أن يبيع عبدا مملوكا للمولى أو لأجنبي بإذنه أو بغير إذنه بيعا صحيحا أو فاسدا) قال الإمام الزيلعي في التبيين بعد أن قال مثل هذا : هكنا ذكر صاحب الهداية وغيره . وذكر قاضيان في فتاواه : إذا رأى عبده يبيع عبدا من أعيان المالك فسكت لم يكن إذا ، وكلنا المرتين إذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن اه . أقول : كأنه فهم المخالفة بين ما ذكره صاحب الهداية وغيره وبين ما ذكره قاضيان في فتاواه ، وليس الأمر كما فهمه . إذ الظاهر أن مراد الإمام قاضيان أن سكوت المالك فيما إذا رأى عبده يبيع عبدا من أعيان ماله لا يصير إذا في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت لافي حق سائر التصرفات ذلك العبد في باب التجارة مطلقا ، ويرشد إليه قوله لو كانا المرتين إذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن ، فإن المراد هناك عدم صحة التصرف الذي صادفه السكوت بلا ريب . ولا دلالة في كلام صاحب الهداية وغيره على كون السكوت إذا في حق التصرف الذي صادفه السكوت فيما إذا باع عبدا مملوكا للمولى بغير رضاه ، بل خلافه مصرح به في أكثر الشروح وعامة المعتبرات . قال في البدائع : وأما الإذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع ويشترى فلا ينهاه فيصير مأذونا في التجارة عندنا إلا في البيع الذي صادفه السكوت . وأما في الشراء فيصير مأذونا ، وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصير مأذونا اه . وقال في المحيط البرهاني : قال محمد رحمه الله في الأصل : إذا نظر الرجل إلى عبده وهو يبيع ويشترى ولم ينه عن ذلك يصير العبد مأذونا في التجارة عند علمائنا الثلاثة . ، وإذا رأى عبده يبيع عبدا من أعيان ماله فسكت يصير مأذونا في التجارة ، ولكن لا يجوز بيعه مال المولى . قال محمد رحمه الله : وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشترى شيئا بالخمر والخنزير فسكت يصير العبد مأذونا في التجارة وإن كان لا يجوز هذا للشراء كذا ما هنا اه . فكيف يجوز حمل كلام قاضيان في فتاواه على خلاف ما نص عليه محمد رحمه الله في الأصل بقوله وإذا رأى عبدا يبيع عبدا من أعيان ماله فسكت يصير مأذونا في التجارة ، فالوجه أن يحمل على مضمون قوله ولكن لا يجوز بيعه مال المولى كما بيناه (قوله لأن كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ، ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم) قال صاحب

ولعل الصواب أن يقال : إن في ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت إذا (ثم لا فرق بين أن يبيع عبدا مملوكا للمولى أو لأجنبي بإذنه أو بغير إذنه بيعا صحيحا أو فاسدا ، لأن كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له . ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم) وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شيء وشيء من الوجوه المذكورة : أعني أن يبيع عبدا مملوكا للمولى الخ . قال (وإذا أذن المولى لعبده في التجارة) إذا قال المولى لعبده أذنت لك في التجارة ولم يقيد بشيء كان إذا عاما بالتصرف في جنس التجارة بلا خلاف ، فيبيع ويشترى ما بدا له من أنواع الأعيان ، لأن التجارة اسم جنس على باللام فكان عاما يتناول جميع أنواع الأعيان ، لأنه أي بيع الأعيان أصل التجارة ، والمنافع كونها قائمة بالأعيان لحقت بها (ولو باع بغبن يسير جاز) بالاتفاق (لتعذر الاحتراز عنه ، وكلنا بالفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) قال : البيع بالغبن الفاحش خلاف المقصود ، إذ المقصود بالبيع الاسترباح دون الإغلاف فكان بمنزلة التبرع ، ولهذا اعتبر من المريض من الثلث ، وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الإذن بالمقصود . ولأبي حنيفة رحمه الله أن البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحر فيملكه العبد المأذون لأنه بعد الإذن كالحرف يتصرف بأهلية نفسه كما تقدم ، واعتباره من الثلث من المريض حتى الترماء والورثة .

وله أنه تجارة والعبد متصرف بأهلية نفسه فصار كالحرّ ، وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون (ولو جاني في مرض موته يعتبر من جميع ماله إذا لم يكن عليه دين وإن كان فمن جميع ما بقي) لأن الاقتصاد في الحرّ على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد ، وإن كان الدين محطاً بما في يده يقال للمشتري أدّ جميع الحيازة وإلا فاردد البيع كما في الحرّ (وله أن يسلم ويقبل السلم) لأنه تجارة (وله أن يوكل بالبيع والشراء) لأنه قد لا يتفرغ بنفسه . قال (ويرهن ويرهن) لأنهما من توابع التجارة فإنه إيفاء واستيفاء (ويملك أن يتقبل الأرض ويستأجر الأجرا والبيوت) لأن كل ذلك من صنيع التجار (ويأخذ الأرض مزارعة) لأن فيه تحصيل الربح (ويشترى طعاما فيزرعه في أرضه) لأنه يقصد به الربح قال عليه الصلاة والسلام « الزارع يتاجر ربه » (وله أن يشارك شركة عتاق ويدفع المال مضاربة ويأخذها) لأنه من عادة التجار (وله أن يؤجر نفسه عندنا) خلافا للشافعي وهو يقول : لا يملك العتق على نفسه فكذلك على منافعهما لأنها تابعة لها . ولنا أن نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه .

العتاق في تفصيل هذا التحليل : وقلنا جعل سكوته حجة لأنه موضع بيان . إذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تقضى إلى حقوق ديون عليه ، وإذا لم يكن مأذونا تأخر المطالبة إلى ما بعد العتق . وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك إضرار بالمسلمين يتواءم حقهم . ولا إضرار في الإسلام . وليس للمولى فيه ضرر متحقق لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ،

وذلك لا يدل على أنه لا ينفذ من المأذون كالغني السير فإنه يصح من المأذون بالاتفاق . وفي حق المريض يعتبر من الثلث ، فأبو حنيفة رحمه الله سوى ما هنا بين البيع والشراء في الثمن الفاحش . وفرق بينهما في تصرف الوكيل لأن الوكيل يرجع على الأمر بما يلحقه من المهلة فكان الوكيل في الشراء متهما في أنه اشتراه لنفسه . فلما ظهر له العيب أراد أن يلزم الأمر ، وهذا لا يوجد في تصرف المأذون لما مر أنه لا يرجع بما يلحقه من المهلة على أحد فكان البيع والشراء في حقه سواء (وعلى هذا الخلاف الصبي) إذا أذن له أبوه في التجارة يجوز أن يبيع ويشترى بالغن السير بالاتفاق وبالفاحش عند أبي حنيفة (ولو جاني العبد المأذون في مرض موته اعتبر بحيازته من جميع المال إذا لم يكن عليه دين) فينفذ وإن زادت على الثلث (وإن كان) عليه دين (فمن جميع ما بقي) يعني يؤدي دينه أولا لما بقي بعد قضاء الدين يكون كله حيازة (لأن الاقتصاد في الحرّ على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد) . لا يقال : المولى وارث لأنه رضى بالإذن بسقوط حقه . ولهذا لو أسقط الوارث حقه في الثلثين لنفذ تصرف المريض في الكل (وإن كان الدين محطاً بماله) تبطل الحيازة فيقال للمشتري : أدّ جميع الحيازة وإلا فاردد البيع كما في الحرّ) يعني إذا جاني في مرض موته (والمأذون أن يعمل نفسه رب السلم والمسلم إليه ويوكل بالبيع والشراء . لأن كل ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرغ بنفسه) فيجاز الاستعانة بغيره (ويجوز له أن يرهن ويرهن لأنها إيفاء واستيفاء وهما من توابع التجارة ، ويملك أن يتقبل الأرض) أي يستأجرها (ويستأجر الأجرا والبيوت لأن كل ذلك من صنيع التجار . ويأخذ الأرض مزارعة لأن فيه تحصيل الربح) لأنه إن كان البذر من قبله فهو مستأجر للأرض ببعض الخراج . وذلك أتقن من الاستئجار بالدراهم ، لأنه إذ لم يحصل خارج لا يلزمه شيء بخلاف الاستئجار بالدراهم : وإن كان البذر من قبل صاحب الأرض فهو أجبر نفسه من رب الأرض لعمل الزراعة ببعض الخراج ، ولو أجبر نفسه بالدراهم جاز كما سيجيء . فكذلك هذا (وله أن يشتري طعاما فيزرعه في أرضه لأنه يقصد به الربح . قال صلى الله عليه وسلم « الزارع يتاجر ربه ») وله أن يشارك شركة عتاق) وليس له أن يشارك شركة مفادضة لأنها تنقذ على الوكالة والوكالة ولا تدخل تحت الإذن ، فلو فعل ذلك كانت عتاقا لأن في المقايضة عتاقا وزيادة فصحت بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة (ويدفع المال مضاربة ويأخذها) لأنه من عادة التجار وله أن يؤجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله) في أحد قولي (لأنه لا يملك العتق على نفسه) لكونه تابعا عن مولاه في التصرف في كسبه ؛ ألا ترى أنه لا يملك بيع نفسه ولا رهنها بدين عليه فكذلك على منافعهما لأنها تابعة لها . ولنا أن نفسه رأس ماله) لأن المولى أذن له بالإكتساب ولم يدفع إليه مالا (و) ما هو رأس المال المأذون له بالاكتساب (يملك التصرف فيه)

إلا إذا كان يتضمن إبطال الإذن كالمبيع لأنه ينحجر به ، والرهن لأنه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى . أما الإجارة فلا ينحجر به ويحصل به المقصود وهو الريح فيملكه . قال (فإن أذن له في نوع منها دون غيره فهو

فكان موضع بيان أنه راض به أولا ، والسبوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان اه . واعترض بعض الفضلاء من جانب الخصم على قوله والناس يعلمون العبد حين علمهم بسكوت المولى حيث قال لما أن يقولوا ذلك لحماقة المعامل حيث اغتر بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر اه . أقول : ليس هذا بوارد ، لأن المعامل لا يفتقر بمجرد السكوت بل يعتمد على ما جرى عليه العرف من أن من لا يرضى يتصرف عبده إنهاء عنه ويؤدبه عليه ، وقد صرح به في الكافي وغيره حيث قالوا ولنا أن العادة جرت بأن من لا يرضى يتصرف عبده إنهاء عنه ويؤدبه عليه . فإذا لم يته علم أنه راض فجعل سكوته إذنا دلالة دفا للفرور عن الناس ، فلهزم يعتقدون ذلك إطلاقا منه فيبايعونه حلالا لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف ، كما في سكوت النبي عليه الصلاة والسلام عند أمر يماينه عن التغير ، وسكوت البكر وسكوت الشيع اه . فبعد ذلك كيف يحتاج المعامل إلى السؤال من المولى ، وكيف يحمل المعامل عدم سؤاله على حاقته ، هلا تكون النظائر لما عامله دون خلافه ؟ ثم أقول : بقی شيء في تقرير صاحب العناية ، وهو أنه جعل ضرر المولى غير معتبر لكونه غير متحقق بناء على أن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه . وجعل ضرر المسلمين معتبرا مع أنه أيضا غير متحقق بناء على أن الدين قد تلحقه وقد لا تلحقه ، فما الفرق والرجحان لابد من البيان . ثم قال في العناية : فإن قيل : عين ذلك التصرف الذي وآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره ، وكذا إذا رأى أجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن إذنا ، والمرتب إذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن إذنا ، وإذا رأى رفيقه يزوج نفسه وسكت لم يكن إذنا ، فما الفرق ؟ أجيب بأن الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بإزالة ملكه مما يبيعه في الحال فلا يثبت بالسكوت ، وليس في ثبوت الإذن في غيره ذلك لما قلنا إن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ، ولا يلزم من كون السكوت إذنا بالنظر إلى ضرر متوهم كونه إذنا بالنظر إلى متحقق ، وهو الجواب عن بيع الأجنبي ماله ، وفي الرهن لم يصبر سكوته إذنا لأن جعله إذنا يطل ملك المرتن عن اليد ، وقد لا يصل إلى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق . لا يقال : الراهن أيضا يتضرر بطلان ملكه عن الثمن ، فترجيح ضرر المرتن تحكم لأن بطلان ملكه عن الثمن موقوف ، لأن بيع الموهون موقوف على ظاهر الرواية ، وبطلان ملك المرتن من اليد بات فكان أقوى . وأما الرقيق عبدا كان أو أمه إذا زوج نفسه فإنما لم يصبر السكوت فيه إذنا . قال بعض الشاويين ناقلا عن مبسوط شيخ الإسلام ، لأن السكوت إنما يصبر إذنا وإجارة دفا للضرر . ولا ضرر على أحد في نكاح العبد والأمة لأن النكاح يكون موقفا . لأن نكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من إصلاح ملكه ، ومنافع بضع المملوكة كذلك . وليس لأحد إبطال ملكه بغير رضاه فكان موقفا ، وأمكن فسحه فلا يتضرر به أحد . وقيل : فيه نظر . لأنه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على إذن المولى وإجارته . وإنما هو في أن سكوته إجارة أولا ، ولعل الصواب أن يقال : إن في ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت إذنا ، إلى هنا لفظ العناية . وقال بعض الفضلاء : وعندى أن النظر غير وارد ، لأن كون السكوت إذنا كان لأجل دفع الضرر فضيحت لا ضرر يبي على القياس ولا يعمل إذنا اه . أقول : كأنه لم يفهم مراد من أورد النظر ، إذ لا كلام في أن كون السكوت إذنا كان لأجل دفع الضرر : وإنما هو في أن نكاح الرقيق هل فيه ضرر أم لا ، إذ لا شك أنه موقوف على إذن المولى ، فإن كان سكوته إذنا تحقق الضرر فيه وإلا فلا

ضرورة . والمأذون يملك التصرف في نفسه ، والتصرف فيها إما أن يكون من حيث ذاتها بالمبيع والمالية والرهن أو من حيث منافعها ، لا جاز أن يكون من حيث ذاتها لئلا يعود على موضوعه بالنقض فإنه ما أذن له إلا للريح ، فلو جوزنا التصرف من حيث الذات أفضى إلى عدم الريح ، فما فرضناه للريح لم يكن الريح هذا بطل ، فعين أن يكون من حيث المنافع وهو المقصود . قال (فإن أذن له في نوع منها دون غيره) قد تقدم أن الإذن عندنا فك الحجر وإسقاط الحق ، وعند زفر والشافعي رخصهما الله

مأذون في جميعها) وقال زفر والشافعي : لا يكون مأذونا إلا في ذلك النوع ، وعلى هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر . لهما أن الإذن توكيل وإنابة من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ، ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب . ولنا أنه إسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه ، وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع . بخلاف الوكيل لأنه يتصرف في مال غيره فيثبت له الولاية من جهته ، وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين

فحيث احتمل أن يكون سكوته إذا في صورة تزويج الرقيق نفسه لم يفد كون نكاحه موقوفا على إذنه عدم ثبوت الضرر فيها وإن بقي عدم ثبوت الضرر فيها على عدم كون سكوته فيها إذا لزم المصادرة ، إذ هو أول الكلام الذي طوّل الفرق بينه وبين ما نحن فيه في أصل السؤال ، وهذا هو المراد بقوله في النظر وإنما هو في أن سكوته إجازة أو لا . تأمل تقف (قوله وعلى هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر) يعني إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر من التجارة بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها فالخلاف فيه كالخلاف . فما إذا سكّت عن التبي عن التصرف في نوع آخر منها بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها . والحاصل أنه سواء نهي عن غير ذلك النوع أو سكّت عنه يكون مأذونا في جميع التجارات . خلافا لزفر والشافعي كما ذكر في الإيضاح ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية . قال صاحب العناية في هذا المقام : وكذا لو كان أذن له إذا عاها ثم نهاه عن نوع اه . أقول : هذا الشرح لا يطابق المشروح ، إذ المراد به مقررناه أنفا يدل عليه لفظ آخر في قول المصنف إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر . وبأي ذلك ما قاله صاحب العناية قطعا ، كيف ومثله الإذن العام قد مرت مع مقررناها في الصحيفة الأولى ، ونحن الآن بصدد بيان مسألة الإذن في نوع خاص فلا معنى لخلطه حديث الإذن العام هاهنا كما لا يخفى (قوله ولنا أنه إسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه ، وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع) أقول : لقائل أن يقول

أنه توكيل وإنابة ، وعلى ذلك تنبئ هذه المسئلة ، وهي أنه إذا أذن له في نوع من التجارة كالبر مثلا دون غيره (كان مأذونا له في جميع أنواعها عندنا وعندهما في ذلك النوع خاصة ، وكذا لو كان أذن له إذا عاها ثم نهاه عن نوع قالا : الإذن توكيل وإنابة من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهته والملك وهو الحكم يثبت له) أي للمولى (دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص الإذن بما خصه به كالمضارب) إذا قال له وب المال اعمل مضاربة في البر مثلا (ولنا أن الإذن بإسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه) في أول كتاب المأذون (وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع) لكون التخصص إذ ذلك تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز . وتوقف بالإذن في النكاح فإنه فك الحجر وإسقاط الحق . وإذا أذن للعبد أن يتزوج فلائ ليس له أن يتزوج غيرها . وأجب بأن الإذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير : لأن النكاح تصرف مملوك للمولى لأنه لا يجوز إلا بولي . والرق أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ، ولهذا جاز أن يبيعه عليه فكان العبد كالوكيل والنايب عن موله فيتخصص بما خصه به من التصرف . فإن قيل : قد تقدم أن الضرر للائحق بالمولى يمنع الإذن وقد يضطر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالما بالتجارة في البر دون الخمر . أجب بأنه ضرر غير متحقق ، وإن كان فله مدفع وهو التوكيل به ، على أن جواز التصرف بالقرن الفاحش عند أبي حنيفة رضى الله عنه يدفع ذلك . وبالحكمة إذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأهليته ومالكيته فليس السؤال واردا (قوله بخلاف الوكيل) يجوز أن يكون جوابا عن قوله كالمضارب ، لأن المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لأنه يتصرف في مال غيره . وقوله (وحكم التصرف)

(قوله إذ ذلك تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز) أقول : لا يقال : فينبغي أن لا يجوز الحجر بعد الإذن لأن التصرف في ملك الغير إنما يكون إذا كان الغير ملك ، وفي الحجر بعد الإذن ليس كذلك تأمل (قوله وأجب بأن الإذن فيه تصرف الخ) أقول : يعني لتاسل أنه فك الحجر وإسقاط الإذن ، بل هو توكيل وإنابة (قوله فليس السؤال واردا) أقول : السؤال مسارعة ، فالما تظهر قوة هذا الدليل لا ينفع السؤال

والنفقة ، وما استغنى عنه بخلفه المالك فيه . قال (وإن أذن له في شيء بعينه فليس بمأذون) لأنه استخدام ، ومعناه أن يأمره بشراء ثوب معين للكسوة أو طعام رزقا لأهله ، وهذا لأنه لو صار مأذونا بتسديد عليه باب الاستخدام ، بخلاف ما إذا قال : أد إلى الغلة كل شهر كذا ، أو قال أد إلى ألفا وأنت حر لأنه طلب منه المال ولا يحصل إلا بالكسب ، أو قال له أقعد صباغا أو قصارا لأنه أذن بشراء ما لا بد له منه وهو نوع قصير مأذونا في الأنواع . قال (وإقرار المأذون بالديون والغصب جائز . وكذا بالودائع) لأن الإقرار من توابع التجارة ،

إن أريد أنه إسقاط الحق بجملة ثوبك الحبر بجمته فهو ممنوع ، كيف ولو كان كذلك لصح هبته وإقراضه ونحوها من التبرعات ، وليس كذلك قطعاً كما سيأتي في الكتاب ، وإن أريد أنه إسقاط الحق وفك الحجر في بعض التصرفات فهو مسلم ، لكن لا يثبت به المدعي إذ لا يلزم منه إسقاطه وفكه في جميع التصرفات حتى يلزم أن يكون مأذونا له في جميعها كما هو المدعي . فإن قلت : المراد أنه إسقاط الحق وفك الحجر في بعض معين من التصرفات وهو جنس التجارة والمدعي كونه مأذونا له في جميع أنواع هذا الجنس لا في جميع أنواع أجناس التصرفات فلا يرد النقص بالتبرعات ولا علم بثبوت المدعي . قلت : فقلنا . أن يقول : إن أريد بقوله فلا يتخصص بنوع دون نوع أنه لا يتخصص بذلك إذا أطلقه ولم يقيد به بنوع فهو مسلم . لكن لا يجزى طائلاً لأن ما نحن فيه صورة التقيد ، وإن أريد بذلك أنه لا يتخصص بنوع دون نوع وإن قیده بذلك فهو ممنوع ، كيف وهذا يتوقف تمامه على أول المسئلة وهو أن يكون الإذن في نوع من التجارة إذنا في جميعها فيؤدي إلى المصادرة على المطلوب . فإن قلت : علل صاحب العناية قول المصنف فلا يتخصص بنوع دون نوع بقوله لكون التخصص إذ ذاك تصرفاً في ملك الغير وهو لا يجوز اه فلا مصادرة على المطلوب . قلت : ذلك التعليل ليس بنام ، إذ لقاتل أيضاً أن يقول : إنما يكون التخصص تصرفاً في ملك الغير أن لو أطلق الإذن أولاً فيتحقق إسقاط الحق وفك الحجر على الإطلاق وظهر مالكية العبد في التجارات مطلقاً ثم خصصه بنوع منها ، وما نحن فيه ليس كذلك . إذ الكلام فيها إذا قیده أولاً فقال أذنت لك في هذا النوع فقط ،

جواب لقوله وبثبت الحكم للمولى وهو مائة بالسند : أي لانسلم أن حكم التصرف وهو المالك واقع للمولى ، بل هو واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين وانفقة بغير إذن المولى ، وما استغنى عنه بخلفه المالك فيه ، وموضعه أصول الفقه . قال (وإن أذن له في شيء بعينه) إذا أذن المولى في شيء بعينه مثل أن يقول : اشتر هذه الثوب بعينه أو ثوبا للكسوة أو طعاما رزقا للأهل لم يكن مأذونا ، وهذا يفيد أن التخصص قد يكون مفيداً إذا كان المراد به الاستخدام ، لأنه لو جعل ذلك إذنا لانسد باب الاستخدام لإفضائه إلى أن من أمر عبده بشراء بقل بفلسين كان مأذونا يصح إقراره بديون تستغرق رقبته ويؤاخذ بها في الحال ، فلا يستجري أحد على استخدام عبده فيما اشتدت إليه حاجته لأن غالب استعمال العبد في شراء الأشياء الخفيفة فلا بد من حد فاصل بين الاستخدام والإذن بالتجارة ، وهو أنه إن أذن بتصريف يتكرر صريحا مثل أن يقول اشتر لي ثوبا وبه ، أو قال بع هذا الثوب واشتر بثمانه أو دالة ، كما إذا قال أد إلى الغلة كل شهر ، أو أد إلى ألفا وأنت حر ، فإنه طلب منه المال وهو لا يحصل إلا بالكسب ، فهو دالة التكرار ، أو قال أقعد صباغا أو قصارا ، لأنه أذن بشراء ما لا بد له منه دالة وهو نوع من الأنواع يتكرر بتكرار العمل المذكور كان ذلك إذنا ، وإن أذن بتصريف غير مكرر كطعام أهله وكسوتهم لا يكون إذنا . ونوقض بما إذا غصب العبد متاعا وأمره مولاة ببيعه فإنه إذن في التجارة وليس الأمر بعقد مكرر . والجواب أنه أمر بالعقد المكرر دالة : وذلك لأن تخصيصه ببيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه ، والإذن قد صدر منه صريحا ، فإذا بطل التقيد ظهر الإطلاق ، وكلام المصنف رحمه الله يشير إلى أن الفاصل هو التصرف التوعى والشخصي ، والإذن بالأول دون الثاني فتأمل . قال (وإقرار المأذون بالديون والغصب جائز) إقرار المأذون له بالديون والغصب والودائع جائز (لأن الإقرار بها من توابع التجارة) أما بالديون والودائع فظاهر ، فإن البائع قد لا يقبض الثمن فيكون ديناً أو يقبض فيودع عنده ،

(قوله لعدم ولايته عليه) أقول : فلا يمكن حمله على الاستخدام إذ لا ملك له فيه .

إذا لم يصح لأجنب الناس مبيعته ومعاملته ، ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحته ، فإن كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر ، بخلاف الإقرار بما يجب من المال بسبب التجارة لأنه كالحجور في حقه . قال (وليس له أن يتزوج) لأنه ليس بتجارة . قال (ولا يزوج بمالكية) وقال أبو يوسف : يزوج الأمة لأنه تحصيل المال بمنافعها فأشبه إيجارها . ولهما أن الإذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة . ولهذا لا يملك تزويج العبد ، وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصي . قال (ولا يكتب) لأنه ليس بتجارة . إذ هي مبادلة المال بالمال . والبذل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة (إلا أن يحجزه المولى ولا دين عليه) لأن المولى قد ملكه

ولا شك أن مثل هذا الكلام كلام واحد ليس لأوله حكم مستقل وآخره الذي هو قيده حكم آخر : بل للمجموع حكم واحد يتم أوله وآخره ، فن أين يلزم التصرف في ملك الغير ؟ تأمل جدا . ثم قال صاحب العناية : ونوقض بالإذن في النكاح ، فإنه فك الحجر وإسقاط الحق ، وإذا أذن لعبد أن يتزوج فلانة ليس له أن يتزوج غيرها . وأجيب بأن الإذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير ، لأن النكاح تصرف لملوك للمولى لأنه لا يجوز إلا بولي ، والرق أخرجه العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ، ولهذا جاز أن يحجزه عليه فكان العبد كالوكيل والتائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به من التصرف .

وأما بالنصوب فلأن الغصب يوجب الملك عند أداء الغنيان ، فالغنيان الواجب به من جنس التجارة ، ومن ملك التجارة ملك توابها لأنه لو لم يملكها لأدى ذلك إلى انتفاء التجارة ، فلأن الناس إذا علموا أن إقراره غير صحيح اجتنبوا عن مبيعته ومعاملته (ولا فرق في صحته بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحته ، فإن كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر) وإجماع تعلق حق الغرما بما في أيديهما من المال والكسب بخلاف الإقرار بما ليس من تواب التجارة (كما لو أقر أنه وطئ جارية هذا الرجل بنكاح بغير إذن مولاه فأنقضه فإنه لم يصلق فيه (لأنه كالحجور في حقه) وكذا لو أقر ببنائة على حر أو عبد أو مهر وجب عليه بنكاح صحيح أو فاسد أو شبهة فإقراره باطل ، ولا يؤخذ به حتى يعتق . لأن فك الحجر إنما يظهر في حق التجارة ، فما ليس من باب التجارة لم يظهر في حقه فكان إقراره كإقرار الحجور . قال (وليس للمأذون أن يزوج لأنه ليس بتجارة . قال : ولا يزوج بمالكية) لذلك (وجوز أبو يوسف رحمه الله تزويج الإمام لأنه تحصيل المال) وهو المقصود بالإذن (فكان كالإجارة ، وقال : الإذن تضمن التجارة وهذا ليس بتجارة) ومعناه سلمنا أن الإذن لتحصيل المال لكن لا مطلقا بل على وجه يكون من صنيع التجار ، وإنكاح الأمة ليس من ذلك . وقوله (ولهذا لا يملك تزويج العبد) توضيح ليس بواضح لعراه عن تحصيل المال بالكية ، بل فيه تعيب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة (قوله وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصي) يعني أن هؤلاء لا يملكون تزويج العبد بالاتفاق ، ولا تزويج الأمة عندهما خلافا لأبي يوسف رحمه الله . قال في النهاية : في هذه الرواية نظر ، لأنه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب أن لهما : يعني الأب والوصي أن يزوجا أمة الصغير بلا خلاف ، حيث جعل الأب والوصي هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب ، وللمكاتب أن يزوج أمته لأنه اكتساب لاستغادته المهر . قال : وما ذكره في المكاتب أصبح لأنه موافق لعامة الروايات من رواية الميسر والتمتة ونحضر الكافي وأحكام الصغار . وقال بعض الشارحين : يعمل على أن في المسئلة روايتين . قال (ولا يكتب لأنه ليس بتجارة) ولا يجوز للمأذون أن يكتب لأنه يتضمن التجارة ، وهذا ليس بتجارة (لأن التجارة مبادلة المال بالمال ، والبذل) وإن كان مالا (لكنه مقابل بفك الحجر) وهو ليس بمال (فلم يكن تجارة إلا أن يحجزه المولى ولا دين عليه) لأن هذا عقد له يميز حال وقوعه فيتوقف على الإجازة فتكون الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء ، وبإياه ما قاله (لأن المولى قد ملكه) لأن كسب العبد المأذون خالص ملك المولى والمولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الإجازة

ويصير العبد نائباً عنه وترجع الحقوق إلى المولى ، لأن الوكيل في الكتابة سفير . قال (ولا يفتق على مال) لأنه لا يملك الكتابة فالإعتاق أولى (ولا يقرض) لأنه تبرع بحض كالمهبة (ولا يهب بعوض ولا يغير عوض ، وكذا لا يتصدق) لأن كل ذلك تبرع بصريعه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الإذن بالتجارة . قال (إلا أن يهدي اليسير من الطعام أو يضيف من يطعمه) لأنه من ضرورات التجارة استجلاباً لقلوب المجاهدين ، بخلاف المحجور عليه لأنه لا إذن له أصلاً فكيف يثبت ما هو من ضروراته . وعن أبي يوسف أن المحجور عليه إذا أعطاه المولى قوت يومه فعدا بعض رفقاءه على ذلك الطعام فلا بأس به ، بخلاف ما إذا أعطاه قوت شهر لأنهم لو أكلوا قبل الشهر يتضرر به

فإن قيل : قد تقدم أن الضرر الملاحق بالمولى يمنع الإذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالماً بالتجارة في البر دون البحر . أجب بأنه ضرر غير متحقق . ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف بالعين الفاحش عند أبي حنيفة يدفع ذلك . وبالحملة إذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأهليته ومالكه فليس السؤال وارداً ، إلى هنا كلامه . أقول : إن قوله وبالحملة الفح لا يفي بشيء . أما أولاً فلأن حاصل السؤال أنه قد يلحق الضرر بالمولى عند تصرف العبد بغير ما خصه به فينبغي أن لا يجوز ، ولا يفتق أن يثبت كون العبد متصرفاً بأهليته ومالكه لا يدفع ورود ذلك ، إذ لا شك أن المتصرف بأهليته ومالكه لا يملك الإضرار بالغير ، إذ لا إضرار في الإسلام . وأما ثانياً فلأنه يرد السؤال بطريق المعارضة على ما ثبت بالدليل لاهماله ، وإلا يلزم أن ينسد باب المعارضة بالكلية لأنها إقامة الدليل على خلاف ما أقام عليه الخصم الدليل مع أنها طريق مقبول لم ينكره أحد ، ولا شك أن السؤال المربور معارضة ، فالوجه في الجواب عنه ما ذكره في أوائل جوابه دون

(ويصير العبد نائباً عن المولى وترجع الحقوق) وهي مطالبة بذلك الكتابة والقسح عند العجز وثبوت الولاء بعد الحق (إلى المولى لأن الوكيل في الكتابة سفير) لكونها إسقاطاً فكان قبض البدل إلى من نفذ الحق من جهته . ولقاتل أن يقول : الوكيل سواء كان سفيراً أو لا إذا عقد العقد لا يحتاج إلى إجازة وهاهنا ليس كذلك . ويمكن أن يجاب عنه بإثبات الوكالة بطريق الانقلاب ، وإنما قال ولا دين عليه لأنه لو كان عليه دين قليلاً كان أو كثيراً بطلت كتابته وإن أجازاه المولى لأن المولى بالإجازة يخرج المكاتب من أن يكون كسباً للعبد ، ويقام الدين بمنع المولى من ذلك قل الدين أو كثر (ولا يفتق على مال لأنه لا يملك الكتابة) والمكاتب عبد ما بقى عليه درهم (فالإعتاق أولى) وهذا إذا لم يميز المولى ، فإن أجاز ولا دين عليه جاز لأنه يملك إنشاء الحق فيملك الإجازة وقبض المال إلى المولى دون العبد ، وكذا إذا كان عليه دين عندهما لكن يضمن قيمة العبد للفرماء لأنه لو أنشأ الحق جاز ويضمن القيمة . فكذا إذا أجاز ولا سبيل للفرماء على العوض ، لأن ما يوديه (كسب الحر) ولا حق لم في كسب الحر ، بخلاف بدل الكتابة فإنه يؤدى في حال الرق فتعلق به حقهم (ولا يقرض ولا يهب بعوض وبغيره ولا يتصدق) لأن كل ذلك تبرع بصريعه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الإذن بالتجارة ، إلا أن يهدي اليسير من الطعام أو يضيف (ضيافة سيرة وقوله من الطعام يشير إلى أن إهداء غير المسكولات لا يجوز أصلاً ، والإهداء اليسير راجع إلى الضيافة السيرة ، والضيافة اليسيرة معتبرة بمال تجارته . قال محمد بن سلمة رحمه الله : إن كان مال تجارته مثلاً عشرة آلاف درهم فأتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيراً ، وإن كان مال تجارته عشرة دراهم مثلاً فأتخذ ضيافة بمقدار ذاتي فذلك يكون كثيراً عرفاً ، والمدينة

(قوله لأنه لو كان عليه دين قليلاً كان أو كثيراً) أقول : قال الإمام العلامة الزيلعي : وهذا مشكل ، فإن الدين إذا لم يكن مستغرقاً لرقبه ولما في يده لا يمنع التسول في ملك المولى لإيجاع أصحابنا ، حتى جاز المولى حق ما في يده ، فكيف تتصور هذه المسئلة على قول من يأبى هذا وإنما الخلاف في المستغرق ، فمنه أن حنيفة يمنع من دخوله في ملك المولى وعندها لا يمنع له (قوله قل الدين أو كثر) أقول : فيه بحث (قوله بخلاف بدل الكتابة فإنه يؤدى الفح) أقول : فيه نوع تأمل ، فإنه إذا كان مديوناً لا يجوز الكتابة إلا أن يكون ارتكاب الدين بمد الكتابة ، وفيه وجه آخر فغيره .

المولى . قالوا : ولا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه . لأن ذلك غير ممنوع عنه في العادة . قال (وله أن يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار) لأنه من صنعهم . وربما يكون الحط أنظر له من قبول المبيع ابتداء ، بخلاف ما إذا حط من غير عيب لأنه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صانع التجار ، ولا كذلك الحايبة في الابتداء لأنه قد يحتاج إليها على ما بيناه (وله أن يؤجل في دين وجب له) لأنه من عادة التجار . قال (وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء إلا أن يفديه المولى) وقال زفر والشافعي : لا يباع ويباع كسبه في دينه بالإجماع . لهما أن غرض المولى من الإذن تحصيل مال لم يكن لالتفويت مال قد كان له .

قوله هذا (قوله وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء) أي يبيعه القاضي لدين الغرماء بغير رضا المولى . فإن قيل : ما وجه البيع على قول أبي حنيفة وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير رضا مولاه حجر عليه . أجب بأن ذلك ليس بحجر عليه ، لأنه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه ، إذ لا يجوز للمولى بيع العبد المدين بغير رضا الغرماء وحجر المحجور غير متصور فكان كالتركة المستغرقة بالدين في جواز أن يبيعهما القاضي على الورثة إن امتنعوا عن قضاء الدين فإنه لا يعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء ، وكذا في العناية وعامة الشروح . وعزاه في النهاية ومعراج الدراية إلى الذخيرة . أقول : في الجواب نظر . لأنه لا يحسم مادة الإشكال ، إذ لسائل أن يعيد الكلام إلى كونه محجورا عن بيعه قبل ذلك ، فإنه يقتضي الحجر على الحر العاقل بسبب الدين فيشكل على أصل أبي حنيفة . ثم إن الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر . إذ لا يثبت الملك للورثة في التركة المستغرقة بالدين ، لأن حق الثمن يقدم على حق الوارث . ولهذا إذا أعتق الورثة عبدا من التركة المستغرقة بالدين لا ينفذ اعتقاquem ، بخلاف العبد المأذون له فإن ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ اعتقاقيه إياه . وسيأتي ذلك كله في الكتاب ، فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين إنما هو عدم كونها مملوكة لهم فلا ينقص به أصل أبي حنيفة . وهو أن لا يرى الحجر بسبب الدين . وأما كون المولى محجورا عن بيع عبده المأذون له فلا سبب له سوى الدين فيازم أن ينقص به أصله كما لا يمتنع فتأمل (قوله إلا أن يفديه المولى) قال صاحب العناية : وقوله إلا أن يفديه المولى إشارة إلى أن البيع إنما يجوز إذا كان المولى حاضرا لأن اختيار الفداء من الغالب غير متصور . اهـ . أقول : فيه بحث . لأن قوله إلا أن يفديه المولى إنما يشير إلى أن عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء . لأنه إنما يتصور إذا كان المولى حاضرا بناء على أن اختيار الفداء من الغالب غير متصور . وأما أن البيع إنما يجوز إذا كان المولى حاضرا فلا إشارة في قوله المذكور إليه ، لأن الفداء من المولى إنما يتصور عند حضور المولى أو نائبه . وأما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى أو نائبه كذلك يتصور عند غيبتها أيضا كما لا يمتنع . والبيع إنما يجوز فيما إذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد التثنية في المسئلة المذكورة . فلما تصور عدم الفداء في كل من صورتى الحضور والغيبة احتمل بجواز البيع في كل من تلك صورتين أيضا فمن أين حصلت الإشارة إلى انحصار جوازه في صورة حضور المولى ؟ نعم البيع إنما يجوز إذا كان المولى حاضرا كما صرحوا به في الشروح وعامة المعبرات حيث قالوا : هذا إذا كان المولى حاضرا . فأما إذا كان غائبا

بالمأكول كالضيافة به . والقياس أن لا يصح شيء من ذلك لأنه تبرع . لكن تركناه في اليسير لأنه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهدين . والمجاهز هو الغني من التجار فكأنه أريد المجهز وهو الذي يبيت التجار بالمجاهز وهو فائز المتاع أو يسافر به فحرف إلى المجاهز . وكذا في المغرب وباقي كلامه ظاهر . قال (وديونه متعلقة برقبته) إذا وجب ديون على المأذون بالتجارة أو بما هو في معناها ، فإن كان له كسب بيع بدينه بالإجماع ، وإن لم يكن له كسب وتعلقت برقبته (يباع للغرماء) إلا أن يفديه المولى . وقال زفر والشافعي رحمهما الله : لا يباع (لأن غرض المولى من الإذن تحصيل مال له لم يكن حاصلًا لالتفويت مال حاصل . وذلك أي غرض المولى حاصل في تعلق الدين بكسبه حتى إذا فضل شيء منه عن الدين يحصل للمولى .

وذلك في تعليق الدين بكسبه ، حتى إذا فضل شيء منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة ، بخلاف دين الاستهلاك لأنه نوع جنائية ، واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالإذن . ولنا أن الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك ، والجامع دفع الضرر عن الناس ، وهذا لأن سببه التجارة وهي داخلة تحت الإذن . وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة . فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى . وينعبد الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه .

فإنه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى ، فإن الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع إلا بحضوره أو بمحضرة نائبه ، بخلاف الكسب فإنه يباع بالدين وإن كان المولى غائبا لأن الخصم فيه هو العبد اهـ . لكن الكلام في حصول الإشارة إليه في القول المصنف إلا أن يفديه المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر قوله وهذا لأن سببه التجارة وهي داخلة تحت الإذن قال صاحب العناية : وهذا إشارة إلى دفع الضرر وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لأنه المقروض والتجارة داخلة تحت الإذن بخلاف فسببها داخل تحت ، وإذا كان داخلا تحت كان ملزما ، فلم يمتنع بربقته استيفاء كان إضرارا لأن الكسب قد لا يوجد والعق كذلك فتتوى حقوق الناس . وقال : ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى اهـ . أقول : لا يخفى على ذي فطنة سليمة أن الأوجه هو الذي ذكره ثانيا بقوله ويجوز أن يكون بيانا الخ وإن كان أسلوب تحريره يشعر بخلافه ، وذلك لأن كون سبب

وقوله (لا بالرقبة) معطوف على قوله بكسبه . فإن قيل : إذا استهلك شيئا تعلق دينه برقبته يباع فيه فهذا كذلك . أجاب بقوله (بخلاف دين الاستهلاك لأنه نوع جنائية . واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالإذن) ولهذا لو كان محجورا عليه بيع بذلك . وليس الكلام في ذلك وإنما الكلام فيما يتعلق بالإذن (ولنا أن ذلك دين واجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى) بالإذن . وهذا ظاهر (و) كل دين ظهر وجوبه في حق المولى تعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس (قوله وهذا) إشارة إلى دفع الضرر . وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لأنه المقروض والتجارة داخلة تحت الإذن بخلاف فسببها داخل تحت ، وإذا كان داخلا تحت كان ملزما ، فلم يمتنع بربقته استيفاء كان إضرارا لأن الكسب قد لا يوجد والعق كذلك فتتوى حقوق الناس . ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى . وقوله (وتعلق الدين برقبته استيفاء) جواب عن قولهما إن غرض المولى من الإذن تحصيل مال له الخ ، وبيانه أن الدين إذا تعلق بربقته استيفاء وعلم المعامون ذلك كان ذلك حاملا على المعاملة فتكثر المعاملة معه ويزداد الربح ، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك فإن خوف التوى يمنعهم عن ذلك . فمن هذا الوجه يصلح أن يكون غرضا للمولى . فإن قيل : لا يصلح أن يكون غرضا للمولى لأنه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا . أجاب بقوله (وينعبد الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه) وفيه إشكال ، وهو أن المبيع إن كان باقيا وفيه وفاة بالديون لا يتحقق بيع العبد . وإن لم يكن باقيا أو كان وليس فيه وفاة به لم يكن دخوله في ملكه دافعا للضرر . وأجيب عنه بأن المراد به مبيع قبضه المولى حين لا دين على العبد ثم ركبته ديون فإنه لا يجب على المولى رده إن كان باقيا ، ولا ضمانه إن لم يكن . بل يباع العبد بالدين إذا اختاره للمولى ويكون البيع جابرا لما فات من العبد . والظاهر أي الدين لما استغرق رقبة العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقبعة العبد . قيل : وليس بواضح ، وذلك لأنه لا تلتاق بينهما ، غير أنه يبدأ بالكسب في استيفاء نظرا للجائنين . وعند علمه يستوفى من الرقبة لأنه لا دليل على ظهور ذلك على أنه مخصوص بما إذا قبض مبيعا قبل تركب الديون دون غيره . بل الواضح فيه أن يقال : المراد بالديون ما وجب بالتجارة كما ذكر في الكتاب ، وذلك لا يكون إلا بعد دخول مبيع ، أو ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه يقابل ما يوفته ، وهلاكه في ملكه لا يخرج

(قوله وهذا إشارة) أقول : ولعل الأولى أن يكون قول المصنف وهذا إشارة إلى تعلق الدين برقبته (قوله إلى دفع الضرر) يعني الضرر الحاصل بتعلق الدين برقبته (قوله قيل وليس بواضح ، إلى قوله : لأنه لا دليل الخ) أقول : وفيه بحث ، فإن نمر البشارة بنين يوضحه

وتعلقه بالكسب لا ينافي تماقه بالرقبة فيتعلق بهما ، غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء إيفاء لحق الغرماء وإبقاء لمقصود المولى ، وعند انعدامه يستوفى من الرقبة . وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة أو بما هو في معناها كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار وضمان الغصب والودائع والأمانات إذا جحدتها ، وما يجب من المقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده إلى الشراء فيلحق به

الدين التجاري وكون التجارة داخلة تحت الإذن لا مدخل لخصوصية شيء منهما في حق تضرر الناس ، فليهم يتضررون بتوى حقهم سواء كان سبب الدين التجارة أو غير ما كصداق امرأة تزوجها العبد المأذون بغير إذن المولى . وسواء كانت التجارة تجارة داخلة تحت الإذن أو تجارة غير داخلة تحته ، كما إذا لحق بالعبد المحجور دين بسبب التجارة . وأما في حق ظهور وجوب الدين في حق المولى فلخصوصية كل واحد منهما مدخل لا محالة . فيالحمل على المعنى الأول لايم الفائدة والتقريب . وأما بالحمل على المعنى الثاني فيتم كل ذلك ، لأن المانع عن تعلق الدين برقبة العبد المحجور كان لزوم إبطال حق المولى من غير رضاه ، وإذا ظهر وجوب الدين في ذمة العبد المأذون في حق المولى بدخول سببه تحت إذن المولى زال ذلك المانع قطعا فتعلق الدين برقبته . ومما يقرر المعنى الثاني تخيير صاحب الكافي دليلنا هاهنا حيث قال : ولنا أن هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى . لأنه وجب بسبب التجارة وإذنه قد ظهر في حق التجارة فتباع رقبة العبد فيه كدين الاستهلاك دفعا للضرر عن الناس ، وكذا تخيير صاحب الغاية إياه حيث قال : ولنا أنه دين واجب على العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته قياسا على دين الاستهلاك . أما وجوبه على العبد فظاهر . وأما ظهوره في حق المولى فلأن سبب الدين هو التجارة بإذن المولى فكان ظاهره في حق المولى لا محالة ، وإذا ظهر في حق المولى تعلق برقبته استيفاء كما في دين الاستهلاك ، بخلاف ما إذا أقر المحجور حيث يثبت الدين عليه ولا يظهر في حق المولى لعدم إذنه اه كلامه . ثم إن بعض الفضلاء قال : هاهنا : ولعل الأولى أن يكون قول المصنف وهذا إشارة إلى تعلق الدين برقبته اه . وكأنه أخذ هذا المعنى مما ذكره صاحب معراج الدراية في شرح هذا المجل حيث قال قوله وهذا : أي كون دين تجارته متعلقا برقبته باعتبار أن سببه التجارة ، وهي أي التجارة داخلة تحت الإذن اه . أقول : هذا الاحتمال هاهنا ليس بشيء لأن تعلق الدين برقبته أصل المدعى الذي وقع فيه الخلاف لفرع والشافعي ، ولو كفي في إثبات

عن المقابلة ، والظاهر أنه يكون بمقدار ما يؤدى من قيمة العبد لأن الشراء بغير نادر . ومعنى هذا الكلام أن المولى كأنه اشترى الديون التي على العبد بالعبد ، ولو لم تكن مساوية لقيمتها كان ذلك شراء بغير وهو نادر ، وتحقيقه أنها لو لم تكن مساوية لا اختار أداء الديون دون بيع العبد . والجواب الأول على مذهب أبي حنيفة رضى الله عنه وهو مخصوص بما ذكره المعتبر . والثاني عام لكنه إنما يستقيم على مذهبهما ، فإن المولى يملك كسب العبد المأذون المديون عندهما كما سيجىء . وقوله (وتعلقه بالكسب) جواب عما يقال أجمعا أنه تعلق بالكسب فكيف يتعلق بعد ذلك بالرقبة . وذلك لأنه لا تافى بينهما غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظرا للعجائين ، وعند عدمه يستوفى من الرقبة دفعا للضرر عن الناس كما تقدم . وقوله إلا أن يفديه المولى إشارة إلى أن البيع إنما يجوز إذا كان المولى حاضرا ، لأن اختيار القضاء من الغائب غير متصور لأن الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع إلا بمحضرة أو بمحضرة نائبه . بخلاف بيع الكسب فإنه لا يحتاج إلى حضور المولى لأن العبد خصم فيه . فإن قيل : ما وجه البيع على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو لا يرى الحجر على الحجر للعالم بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير أمر مولاه حجر عليه . أجيب بأن ذلك ليس بمحجر عليه ، لأنه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه ، إذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء . وحجر المحجور غير متصور وهو كالركة المسترفة بالدين في جواز أن يبيعها القاضي على الورثة إذا امتنعوا عن قضاء الدين فإنه لا يعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء (قوله وقوله في الكتاب)

(قوله ومعنى هذا الكلام الخ) أقول : فيه تأمل (قوله والجواب الأول على ملحق أبي حنيفة رضى الله عنه ، وهو مخصوص بما ذكره المعتبر والثاني عام ، لكنه إنما يستقيم على مذهبهما الخ) أقول : قوله الأول أراد به ، ما تقدم بسمه أسطر تحتيما ، وهو قوله وأجيب عنه بأن المراد بيع تبشئه الخ . وقوله بما ذكر المعتبر أراد به ما تقدم بسمه أسطر تحتيما ، وهو قوله على أنه مخصوص بما إذا قبض ميمما الخ .

قال (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) لتعلق حقهم بالرقبة فصار كمتعلقها بالتركة (فإن فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية) لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاة الرقبة به (ولا يباع ثانيا) كى لا يمتنع البيع أو دفعه للضرر عن المشتري (ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة) لأن المولى إنما يتخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ (ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين) لوجود شرط الخلو له (وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين) لأنه لو لم يكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب . والزيادة على

ذلك قوله لأن سببه التجارة وهي داخلة تحت الإذن لكان باقي المقدمات المذكورة في دليلنا الزبور مستلزمة . ولا يخفى أن العدة في إثبات مطلوبنا هنا إنما هي قوله ظهر وجوبه في حق المولى فهو المحتاج إلى البيان ، وتعلق الدين برقبته نتيجة مترتبة عليه ، ولذلك فرع عليه المصنف إياه بقوله فيتعلق برقبته ، فالوجه أن تكون كلمة هذا في قوله وهذا إشارة إلى ظهور وجوب ذلك الدين في حق المولى لا غير . وهذا كله يظهر بالتأمل الصادق (قوله ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كمتعلقها بالتركة ، فإن فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاة الرقبة به) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : إذا باع القاضى العبد يقسم ثمنه بين الغرما بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كمتعلق الحقوق بالتركة . وإن لم يكن وفاء بضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه ، كالتركة إذا ضاقت عن إيفاء حقوق الغرماء ، فإن بقي عليه شيء من ديونه : أى ديون العبد طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاة الرقبة به اه كلامه . أقول : في تقريره خلل ، فإن ذكر قوله فإن بقي عليه شيء من ديونه بطريق الشرطية سيا مع أداة التفرع بعد أن قال : وإن لم يكن بالثمن وفاء ليس بمستقيم ، لأنه إذا لم يكن بالثمن وفاء يتعين بقاء شيء من ديونه عليه فما معنى الشرطية ، وكان حق التحرير أن يقول : فما بقي عليه شيء من ديونه طولب به بعد الحرية ، بخلاف قول المصنف فإن فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية فإنه في موقعه إذ لم يعين فيما قبله عدم وفاء الثمن بالديون ، بل إنما ذكر مجرد تقسيم ثمنه بينهم بالحصص فاحتمل أن يكون بالثمن وفاء وأن لا يكون فصصت الشرطية وأداة التفرع كما لا يخفى قوله لأن المولى إنما يتخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ (قال صاحب العناية بعد قوله ولم يفرغ : فكان ككسب غير منتزع اه . أقول : قد أدخل بحق المقام بما زاده ، فإن

يعنى مختصر القندورى ، ومعناه ظاهر . قال (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) إذا باع القاضى العبد يقسم ثمنه بين الغرما بالحصص (لتعلق حقهم بالرقبة فصار كمتعلق الحقوق بالتركة) وإن لم يكن وفاء بالثمن بضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة إذا ضاقت عن إيفاء حقوق الغرماء (فإن بقي عليه شيء من ديونه) أى ديون العبد (طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاة الرقبة به) ولا سبيل لم عليه قبلها لأنه صار ملكا للمشتري . والدين ما وجب بإذنه فلا يظهر في حقه (ولا يباع ثانيا كى لا يمتنع البيع) فإن المشتري إذا علم أن العبد الذى يشتريه يباع في يده ثانيا بدون اختياره امتنع عن شرائه فلا يحصل البيع الأول ويتضرر الغرماء (أو دفعاً للضرر عن المشتري) لأنه لم يأذن له في التجارة فلم يكن راضياً ببيعه بسبب الدين ، فلو بيع عليه مع ذلك تضرر به ، ولا يلزم ما لو اشتراه البائع الآذن فإنه لا يباع عليه ثانيا وإن كان راضياً بالبائع ، لأن الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل الذات (قوله ويتعلق دينه بكسبه) لبيان الكسب الذى يبدأ به ، وللتى لا يبدأ به . فالكسب الذى لم ينزعه المولى من يده يتعلق به الدين (سواء كان حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما قبله من الهبة) لأن المولى إنما يتخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ (فكان ككسب غير منتزع . ولم يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لحصول شرط الخلو له) وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حال أخذ المولى ذلك (وللمولى أن يأخذ غلة مثله) والغلة كل ما يحصل من ريع الخلو

وقوله والثاني أراد به ما تقدم بأسطره وهو قوله بل الواضح اللغ (قوله ولا سبيل لم) أقول : بأخذ كسبه (قوله فلم يكن راضياً ببيعه) أقول : إذا لم أنه يباع ثانياً يكون راضياً به (قوله فكان ككسب غير منتزع) أقول : بظاهر التشبيه بالكسب يذلل على اختصاصه بالتصليح بالمهبة ،

غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم . قال (فإن حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين أهل سوقه) لأنه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ، ويشترط علم أكثر أهل سوقه ، حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان لم ينحجر ، ولو بايعوه جاز ، وإن بايعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحض من أكثر أهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتباره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ، ويبقى العبد مأذونا إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل إلى أن يعلم بالعتق ، وهذا لأنه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضى به ، وإنما يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الإذن شائعا . أما إذا لم يعلم به إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لأنه لا ضرر فيه . قال (ولومات المولى أو جنّ أولحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون محجورا عليه) لأن الإذن غير لازم ، وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء ، هذا هو الأصل فلا بد من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون . وكذا بالحق

التشبيه بكسب غير متزاع يشعر بكون التعليل المذكور في الكتاب مختصا بما يقبله العبد من الهبة . مع أنه يعم تعلق دينه بكسبه وتعلقه بما يقبله من الهبة لحرمانه في الصورتين معا بلا تفاوت . كيف ولو كان خصوصا بصورة قبول الهبة لبقيت المسئلة الأولى

الأرض أو كرائها أو أجرة غلام أو نحو ذلك . ومعناه : له أن يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد مازمته الديون كما كان يأخذ قبل ذلك ، وما زاد على ذلك من ريعه كان للغرماء ، ولا يأخذ أكثر مما كان يأخذه قبل الديون . والقياس أن لا يأخذ أصلا ، وإن أخذ شيئا رده لأنه أخذ من كسبه وكسبه حق الغرماء . ولكنه استحسن قبيل سلامة المقرر قبله للمولى لأن في أخذ المولى ذلك منفعة للغرماء بإبقائه على الإذن بسبب ما يصل إليه من الغلة ، فلم يمكن من ذلك الحجر عليه فلا يحصل الكسب . وأما الزيادة على ذلك فلا يأخذها لعدم الضرورة حيث لا يعد ذلك من باب تحصيل الغلة . فإن أخذها ردها على الغرماء لتقدم حقهم فيها . ثم إذن المولى لعبد له إما أن يكون شائعا أولا . فإن كان الأول لم ينحجر بحجره حتى يظهر الحجر له ولا أكثر أهل سوقه لتلا يتضرر الناس بما لم يرضوا به من تأخر حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه ، لأن العبد إن اكتسب شيئا أخذه المولى . وإن لحقه دين أقام البيئة أنه كان قد حجر عليه فيتأخر حقوقهم إلى ما بعد العتق وهو موهوم وقد بايعوه على رجاء ذلك : أي تعلق حقهم برقبته وكسبه وهو على إذنه إلى أن يعلم بالحجر لأنه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق ولم يرض به ، فكان كالوكيل إذا لم يعلم بالعتق ، ولو حجر في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان فذلك وبمايته جائز ، وإن بايعه الذي علم بحجره لأن الإذن لا يتجزأ ؛ ألا ترى أنه لا يتجزأ ابتداء فكذا بقاء ، ولو حجر في بيته بمحض من أهل سوقه انحجر لأن المعتبر شيوع الحجر واشتباره : فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل دفعا للحرج كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم الصلاة والسلام . وإن كان الثاني بأن لم يعلم بالإذن إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لعدم الضرر والإضرار . قال (ولومات المولى أو جنّ أو لحق بدار الحرب) قد تقدم أن التصرف إذا لم يكن لازما كان لدوامه حكم ابتدائه فيحتاج إلى قيام الأهلية حالة البقاء كالابتداء ، وعلى هذا إذا مات المولى أو جنّ جنونا مطبقا وقد تقدم في الوكالة تعريفه أو لحق بدار الحرب انحجر المأذون لانتفاء الأهلية بهذه العوارض حقيقة أو حكما : لأن الحاق موت حكى ولهذا يقسم

وفيه بحث فالحق تعميمه التعلق بكسبه أيضا (قوله ومعناه : له أن يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعدما لزمته الديون الخ) أقول : قوله بعد فاطر إلى قوله أن يأخذ (قال المصنف : وإن بايعه الذي علم بحجره) أقول : لنفظة أن الوصل .

لأنه موت حكماً حتى يقسم ماله بين ورثته . قال (وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه) وقال الشافعي : يبقى مأذوناً لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن ، فكذلك لا ينافي البقاء وصار كالغصب . ولنا أن الإباق حجر دلالة ، لأنه إنما يرضى بكونه مأذوناً على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه ، بخلاف ابتداء الإذن ، لأن الدلالة لا تعتبر بها عند وجود التصريح بخلافها ، وبخلاف الغصب لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر . قال (وإذا ولدت المأذون لها من مولاهما فذلك حجر عليها خلافاً لفرق ، وهو يعتبر حالة البقاء بالابتداء . ولنا أن الظاهر أنه يحبسها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة ، بخلاف الابتداء لأن التصريح قاض على الدلالة (ويضمن المولى قيمتها إن ركبها ديون) لإتلافه محلاً تعلق به حق الغرماء ، إذ به يتمتع البيع وبه يقضى حقهم . قال (وإذا استدان الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي مأذون لها على حالها) لانعدام دلالة الحجر ، إذ العادة ماجرت بتحصين المديرة . ولا منافاة بين حكمها أيضاً ، والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في أم الولد . قال (وإذا حجر على المأذون له فإقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة)

وهي تعلق دينه بكسبه بلا ذكر دليل عليها مع كونها العملة في المقام ، ولم يبعد مثله من المصنف رحمه الله قط (قوله بخلاف ابتداء الإذن ، لأن الدلالة لا تعتبر بها عند وجود التصريح بخلافها) أقول : لقاتل أن يقول : إذا لم يكن للدلالة اعتبار عند وجود التصريح بخلافها ينبغي أن لا يصير الآبق محجوراً في البقاء أيضاً ، إذ قد وجد التصريح بالإذن من المولى في الابتداء فكانت دلالة الإباق على الحجر في البقاء مخالفة لذلك التصريح فينبغي أن لا يعتبر . ثم أقول : يمكن أن يجاب بأن وجود التصريح بالإذن في الابتداء لا يقتضي وجوده إلى حال الإبقاء ، فالمعلوم قطعاً إنما هو وجوده في الابتداء . وأما وجوده في البقاء فإما يعرف باستصحاب الحال وهو حجة ضعيفة ، ولذلك تكون دافعة لا مثبتة ، فيجوز أن تهجع الدلالة عليها ، وعن هذا اعتبر

ماله بين ورثته . قال (وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه . وقال الشافعي رحمه الله : يبقى مأذوناً لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن) فإن المولى إذا أذن لعبد الآبق في التجارة وعلم به العبد كأن مأذوناً ، فلأن لا ينافي بقاءه أولى لأن البقاء أسهل من الابتداء (وصار كالغصب) فإن المولى لو أذن لعبد المنصوب الذي يمكن للمالك أخذه بأن يكون له بيتة أو يكون الغاصب مقراً صبح . وكونه مغصوباً لا ينافي الإذن فكذلك كونه آبقاً (ولنا أن الإباق حجر دلالة ، لأنه إنما يرضى بكونه مأذوناً على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه) ولم يتحقق ذلك من الآبق فلا يكون راضياً به ، وإنما لم يكن مانعاً في الابتداء لأننا نجعله حجراً دلالة (ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب ، لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر) وإن عاد من الإباق هل يعود الإذن ؟ لم يذكره محمد رحمه الله ، والصحيح أنه لا يعود (واستيلاد المأذون لها حجر عليها) إذا لم يصرح بخلافه (وقال زفر رحمه الله : ليس بمحجر اعتباراً بالابتداء) فإن المولى لو أذن لأم ولده جاز ، فكذلك إذا استولمها بعد الإذن وهو القياس . واستحسن العلماء رحمه الله حجرها بالاتفاق ، لأن العادة تجرت في الظاهر أن الإنسان يحسن أم ولده ولا يرضى بنحو حجرها واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة فيكون حجراً دلالة ، ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه في الابتداء (ويضمن المولى قيمتها إن ركبها الديون لإتلافه محلاً تعلق به حق الغرماء ، إذ به يتمتع البيع وبه يقضى حقهم) قال (وإذا استدان الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها فمناه ظاهراً ، وإنما قيد بكونها أكثر لتظهر القائدة في أن المولى يضمن قيمتها دون الزيادة عليها . وقوله (ولا منافاة بين حكمها) أي حكم الإذن والتدبير لأنه بالتدبير يثبت بالمدير حق العتق ، وحق العتق إن كان لا يؤثر في فك الحجر لا يؤثر في الحجر عليه . قال (وإذا حجر على المأذون له فإقراره جائز) إذا حجر على العبد المأذون له فأقر

(قوله وصار كالغصب فإن المولى لو أذن لعبد المنصوب) أقول : الأولى أن يقول : لو غصب العبد المأذون يبقى الإذن على ما كانه إذ لا خلاف في صحة الإذن بعد الإباق حتى يحتلج إلى دليل .

ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غضب منه أو يقرّ بدين عليه فيقضي بما في يده . وقال أبو يوسف وعمره رحمهما الله : لا يجوز لإقراره . لما أن المصحح لإقراره إن كان الإذن فقد زال بالحجر ، وإن كان اليد فالحجر أبطلها لأن يد المحجور غير معتبرة وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره ، ولهذا لا يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر . وله أن المصحح هو اليد ، ولهذا لا يصح إقرار المأخوذ فيها أخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة . وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته . وإقراره دليل تحققها ، بخلاف ما إذا انتزع المولى من يده قبل الإقرار ، لأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل بإقراره ، وكلما ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل بإقراره من غير رضاه ، وهذا بخلاف ما إذا باعه لأن العبد قد تبدّل بتبدل الملك

في البقاء دون الابتداء تأمل (قوله لما أن المصحح لإقراره إن كان الإذن فقد زال بالحجر . وإن كان اليد فالحجر أبطلها لأن يد المحجور غير معتبرة) قال صاحب النهاية : فإن قلت : يشكل على هذا ما ذكره في ودية المسوط بقوله عبد استودع رجلا ودية ثم غاب لم يكن لولاه أن يأخذ الودية تاجرا كان العبد أو محجورا عليه ، فلو لم يكن ليد المحجور اعتبار لما اشترط حضرته بل جعل ما أودعه بمنزلة ثوب هبت به الريح وألقته في حجر رجل ، لأن فائدة عدم اعتبار اليد هي أن يكون وجودها وعدمها بمنزلة ولم تجعل كذلك ، فلم بهذا أن ليد اعتبارا وإن كان محجورا ، والدليل على هذا ما ذكره الإمام الاستروشي في ودية أحكام الصغار في تحليل هذه المسئلة فقال : لأن العبد آدمى له يد حكية فلا يكون لولاه أن يأخذ من المودع ما لم يحضر العبد . قلت : تلك المسئلة مؤولة ذكر تأويلها في الفصل السادس عشر من ودية الفخيرة فقال : وهذا إذا لم يعلم المودع أن الودية كسب العبد ، وأما إذا علم أنه كسبه فلمولى حق الأخذ ، وكذلك إذا لم يعلم أنها كسب العبد ولكن علم أنها مال المولى كان للمولى أن يأخذ ، إلى هنا كلام صاحب النهاية . وقد اختلف أثره صاحب العناية في ذكر هذا السؤال والجواب لكن بهارة أخرى أنصر من الأولى . أقول : ذلك الجواب لا يسمن ولا يفتي من جوع ، فإن تأويل تلك المسئلة بما ذكر مع كونه مما يبايع قطعاً ما ذكره الإمام الاستروشي في ودية أحكام الصغار في تحليل تلك المسئلة بما مر في آخر السؤال

بما في يده من المال لغير مولاه فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله . قال المصنف (ومعناه أن يقرّ بما في يده أنه أمانة لغيره) وإنما فسره بذلك لأن مطلق الإقرار يفهم منه ما كان مضمونا كالدبون والفصوص ، فبين أن المراد به التعميم وقدم الأمانة لذلك ليقضي بما في يده للمقرر له (وقال أبو يوسف وعمره رحمهما الله : لا يجوز لإقراره) لأن المصحح لإقراره إما الإذن أو اليد ، ولا شيء منهما موجود بعد الحجر . أما الإذن فلزواله بالحجر ، وأما اليد فلأن الحجر أبطلها لأن يد المحجور عليه غير معتبرة شرعا . ورد بأنها لا سلم أن يده غير معتبرة ، فإنه لو استودع ودية ثم غاب ليس لولاه أخذها . والمسئلة في المسوط . ولو كانت غير معتبرة كانت الودية كتوب ألقته الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء . وأجيب بأن تأويلها إذا لم يعلم المودع أن الودية كسب العبد . أما إذا علم ذلك فلمولى أخذه ، وكذا إذا علم أنه مال المولى ولم يعلم بأنه كسب العبد (قوله وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره) بيان لإبطال الحجر يده بمسائل متفق عليها ، فإن المولى إذا انتزع ما بيده لا يسمع لإقرار العبد فيه بالاتفاق ، وكذا إذا باع العبد من غيره وثبت الحجر به لم يصح إقراره . ولا يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر حتى لاتباع رقبته بسبب ذلك الإقرار بالاتفاق (ولأبي حنيفة رحمه الله أن المصحح لإقراره هو اليد ولهذا لا يصح إقراره بما انتزعه المولى من يده) لزوال المصحح (واليد باقية حقيقة) وحكما . أما حقيقة فظاهر ، لأن الكلام في الإقرار بما في يده . وأما حكما فلأن شرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته وإقراره دليل تحققها . وللتاقل أن يقول :

(قال المصنف : وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده الخ) أقول : يخالف لما سبق في المضاربة .

على ما عرف فلا يبق ما ثبت بحكم الملك ، ولهذا لم يكن خصما فيها بآشره قبل البيع . قال (وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده .

لا يندى نفعا في دفع الإشكال الناشئ من المقدمة القائلة إن يد المحجور غير معتبرة ، إذ قد تقرر بعد ذلك التأويل أن في صورة أن لا يعلم المودع أن الوديعة آتت أودعها العبد المحجور كسب ذلك العبد أو مال مولاه ليس للمولى أن يأخذها ، بل إنما يأخذها ذلك العبد ، فقد تحقق أن يكون للمحجور يد معتبرة في بعض الصور فلم يكن في تلك المقدمة كلفة ، وما لم يكن فيها كلفة لا يثبت مدعى الإمامين في مسئلتنا فلا يتم التقريب . لا يقال : يجوز أن يكون المراد بقولهما في التعليل لأن يد المحجور غير معتبرة إن يده غير معتبرة في شيء من الصور المنترجة تحت مسئلتنا هذه ، وهذا القدر من الكلفة يكفي في إثبات مدعاهما هاهنا . لأننا نقول : هذا القدر من الكلفة أيضا غير متحقق ، لأن من الصور المنترجة تحت مسئلتنا هذه إقراره بعد الحجر بأن ما في يده أمانة لغيره ، ففي هذه الصورة إذا لم يعلم أن ما في يده كسبه أو مال مولاه فلا جرم أن تكون يده إذا ذلك معتبرة على مقتضى ما مر في مسئلة المبسوط وتقرر بعد تأويلها . ومن تلك الصور أيضا إقراره بعد الحجر بأن ما في يده غصب من غيره ، ففي هذه الصورة أيضا إذا لم يعلم أنه كسبه أو مال مولاه تكون يده معتبرة على مقتضى ذلك إذا لم يكن عين المصنوب متغيرا بفعله بأن لم يزل اسمه وعظم منافعه ، إذ لا يزول عنه حينئذ ملك المصنوب منه كما سيبيء في كتاب الغصب فلا يتصور أن يكون من كسب ذي اليد ، تدرية فهم (قوله فلا يبق ما ثبت بحكم الملك) قال في العتابة : يعني به الإذن ، لأنه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك له . وعلى هذا المعنى استخراج سائر الشروح أيضا هذا محل وإن اختلفت عبارتهم ، منها ما ذكره صاحب العتابة فإنه قال : أي لا يبق للعبد المأذون بعد بيعه ما ثبت له من الإذن قبل البيع بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يصح إقراره بما في يده بعد البيع لعدم بقاء الإذن له . أقول : فيه نظر ، لأن عدم بقاء الإذن مقرر فيما نحن فيه أيضا ، وهو ما إذا حجر المولى على المأذون له بدون أن يبيعه ، والمصنف هاهنا يصدد الفرق من قبل أي حنيفة بين ما نحن فيه وبين ما إذا باعه ، فلو كان مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله فلا يبق ما ثبت بحكم الملك هو الإذن لما كان لذكر هذه المقدمة : أي قوله فلا يبق ما ثبت بحكم الملك فائدة أصلا هاهنا لعدم اختصاص عدم بقاء الإذن بما إذا باعه دون ما نحن فيه ، فيلزم أن يكون قوله المذكور لغوا من الكلام ، ولا ينبغي ذلك لخل المصنف . والوجه عندى أن يكون مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله المزبور يده الحكيمة كما هو المناسب لقوله فيما قبل واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته . ولما كان تبدل الملك فيما إذا باعه بمنزلة تبدل الذات لم يبق ما ثبت بحكم الملك الأول من يده الحكيمة ، بخلاف ما نحن فيه ، فإن البدنية باقية حقيقة وحكما ما لم يفرغ عن حاجته ، وعلى هذا المعنى تظهر فائدة هاتيك المقدمة جدا ، فتأمل وكن الحاكم التمييز (قوله وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته الخ) قال في العتابة : إذا لزمته ديون فلا يخلو إما أن تحيط بماله ورقبته ، أو لا تحيط بشيء من

الإقرار دليل تحقق الحاجة مطلقا أو عند محضه ، والأول ممنوع والثاني مسلم ، ولكن صحة هذا الإقرار في حيز النزاع فلا يصلح أخذه في الدليل . والجواب أن مطلقه دليل تحققها حلالا لحال المقر على الصلاح . فإن قيل : لو كان إقراره دليل تحققها لصح بما أنزعه للمولى من يده قبل الإقرار . أجيب بأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكما . أما حقيقة فلأن الكلام فيها أنزعه من يده قبل الإقرار . وأما حكما فلأن النزاع كان قبل ثبوت الدين فلا تبطل يده بإقراره ، لأنه إقرار بما ليس في يده أصلا وهو باطل . والمصنف رحمه الله ذكر قوله بخلاف ما إذا أنزعه المولى للزج أجوبة عما استشهدنا به من المسائل المتفق عليها ، وهو ظاهر . وقوله (على ما عرف) إشارة إلى حديث بريرة رضي الله عنها . وقوله (فلا يبق ما ثبت بحكم الملك) يعني به الإذن لأنه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك . وقوله (ولهذا لم يكن خصما) توضيح لتبدل العبد ، فإن العبد إذا باشر شيئا قبل البيع لم يكن خصما فيه بالتسليم والتسلم والرد يبيع وغيره بعلمه كعبد آخر لم يباشره ولو لا تبدله لكان خصما لصمدور المباشرة عنه حقيقة . قال (وإذا لزمته ديون) إذا لزمته ديون فلا يخلو إما أن تحيط بماله ورقبته أو لا تحيط بشيء من ذلك ، أو أحاطت

ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبي حنيفة . وقالوا : يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته) لأنه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك إعتاقها ، ووطء الجارية المأذون لها ، وهذا آية كماله ، بخلاف الوارث لأنه يثبت الملك له نظرا للمورث والنظر في ضده عند إحاطة الدين بتركه . أما ملك المولى فما ثبت نظرا للعبد . وله أن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه ، وإذا عرف ثبوت الملك وعلمه فالعتق فريسته ، وإذا نفذ عندهما بضمن قيمته للفرماء لتعلق حقهم به . قال (وإن لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا) أما عندهما فظاهر ، وكذا عنده لأنه لا يعرى عن قليله ، فلو جعل مانعا

ذلك ، أو أحاطت بماله دون رقبته . فالأول كما إذا أذن للعبد فاشتري عبدا يساوى ألفا والمأذون أيضا يساوى ألفا وعليه ألفا درهم . والثاني أن يكون عليه خمسمائة درهم . والثالث أن يكون عليه ألف درهم اه . أقول : لقائل أن يقول : هذه القسمة ليست بمحصرة ، إذ هنا احتمال قسم رابع وهو أن تحيط برقبته دون ماله على عكس القسم الثالث . والجواب أنه قد تقرر فيما مر أنه يبدأ بكسب المأذون المديون في الاستيفاء ، وعند انعدام كسبه يستوفى من رقبته . فعمل منه أن تعلق الدين بكسبه كان مقدما على تعلقه برقبته فلم يتصور في الشرع أن تحيط ديونه برقبته دون ماله الذي هو كسبه . فكانت الأقسام التي يمكن تحققها في الشرع منحصرة في الثلاثة فيما إذا لزمته ديون ، ولهذا لم يلتفت إلى قسم آخر هو احتمال عقل محض لا يتعلق له في الشرع (قوله وإن لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا) الظاهر أن مراده إذا لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته جاز عتقه

بماله دون رقبته ، فالأول كما إذا أذن للعبد فاشتري عبدا يساوى ألفا والمأذون أيضا يساوى ألفا وعليه ألفا درهم . والثاني أن يكون عليه خمسمائة درهم . والثالث أن يكون عليه ألف درهم ، ففي الأول لم يملك المولى ما في يده (ولو أعتق عبدا من كسبه لم يعتق . عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : لا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لأن سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة قد وجد) فإن ملك الأصل علة ملك الفرع (ولهذا يملك إعتاقها) يعني الرقبة (ووطء الأمة المأذون لها ، وهذا) أي المذكور من ملك الإعتاق وحل الوطء (آية كمال ملك الرقبة) فكان سبب الملك في الكسب موجودا على الكمال فيملكه وينفذ فيه إعتاقه . فإن قيل : سلمنا ذلك ، لكن المانع متحقق وهو إحاطة الدين فلماذا تمنع عن ذلك ، كما في التركة إذا استغرقها الديون فلماذا تمنع إعتاق الوارث . أجاب بقوله بخلاف الوارث لأنه يثبت الملك له نظرا للمورث) بإيصال ماله إلى أقرب الناس إليه ، ولهذا يقدم الأقرب فالأقرب . ولا نظر للمورث في ذلك عند إحاطة الدين بتركه (بل النظر في ضده) أي في ضد ثبوت الملك للوارث وهو قضاء الدين لأنه فرض عليه والميراث صلة ، وإذا كان سبب الملك النظر وقد فاتت فات الملك ولا عتق في غير الملك (أما ملك المولى فما ثبت نظرا للعبد) ليراعى ذلك بعدم العتق حتى تقضى ديونه (وإذا نفذ العتق عندهما بضمن قيمته للفرماء لتعلق حقهم به . وإلا حنيفة رحمه الله أن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه) يعني في مسألة تعلق الدين بكسبه (والمال الذي أحاط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه) يعني كما أن الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث في الرقبة فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى ، لأن الخلافة في الموضعين لانعدام أحقية الملك في المال ، قاليت ليس بأهل للمالكية كالرقيق ، لأن المالكية عبارة عن القدرة ، والموت والرق ينفيان ذلك . بل منافاة الموت أظهر والميت جعل كالمالك حكما لقيام حاجته إلى قضاء ديونه فكذلك الرقيق (وإذا عرف ثبوت الملك عندهما وعلمه عند عرف العتق وعلمه لكونه فرع) فمن قال بثبوت الملك نفذ العتق ، ومن لم يقل به أبطله . وفي الثاني يملك المولى كسبه (وينفذ عتقه في قولهم جميعا . أما عندهما فظاهر ، وكذا عنده لأن كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين ، فلو جعل مانعا

(قوله فإن قيل : سلمنا ذلك لكن المانع متحقق) أقول : يعني المانع عن ثبوت الملك .

لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الإذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه . قال (وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز) لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين يحيط بكسبه (وإن باعه بتقصان لم يميز مطلقا) لأنه منهم في حقه ، بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة لأنه لا تهمة فيه ، وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده .

في قولهم جميعا كما صرح به في الكافي وسائر الكتب المعتبرة ، إلا أنه اكتفى بذكر قوله بماله ولم يذكر ورقته بناء على ما ذكرناه آنفا من أن تعلق الديون بكسبه مقدم على تعلقها برقبته ، وإذا لم تحط الديون بماله يتعين عدم إحاطتها برقبته فلم يمتنع إلى ذكر الثاني بعد ذكر الأول ، وما وقع في عامة الكتب فن قيل التصريح بما علم التزاما لغير الاحتياط . ثم اعلم أن هذا الذي ذكره المصنف هاهنا هو حكم القسم الثاني من الأقسام الثلاثة المارة ذكرها في التقسيم الذي نقلناه عن العناية فيها قيل . وحكم القسم الأول منها ما ذكر في الكتاب من قبل بقوله وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ، ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبي حنيفة ، وقالا : يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته . وأما حكم القسم الثالث منها فلم يذكر في الكتاب قط . وعن هذا قال صاحب العناية . وأما الثالث فلم يذكره في الكتاب . ونقل بعض الشارحين عن يروع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز له . وأراد ببعض الشارحين صاحب غاية البيان فإنه قال : قال في بيع الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل أذن لعمده في التجارة فاشترى عبدا يساوي ألفا وهو يساوي ألفا وعلى الأول ألف درهم دينا فأعتق المولى العبد المشتري فعتقه جائز . وإن كان العبد ألقى درهم مثل قيمته لم يميز عتقه ، وقال أبو يوسف ومحمد : عتقه جائز في الوجهين جميعا له . أقول : في جواز عتقه عند أبي حنيفة في الوجه الأول من هذين الوجهين المذكورين في بيع الجامع الصغير وهو القسم الثالث من الأقسام المارة ذكرها إشكال على مقتضى دليله المذكور في الكتاب لإثبات مذهبه في القسم الخلفي الذي ذكر في الكتاب أولا وفي الجامع الصغير ثانيا ، فإن حاصل ذلك الدليل أن ملك المولى إنما يثبت خلافه عن العبد عند فراغه عن حاجته ، والمال الذي أحاط به الدين مشغول بواجبه فلا يخلقه فيه فلا يثبت فيه الملك ، وإذا لم يثبت فيه الملك لم يميز إعاقته . ولا يخفى أن جميع مقدمات ذلك الدليل جارية بعينها فيما إذا أحاطت الديون بكسبه دون رقبته فينبغي أن لا يجوز إعاقته فيها أيضا (قوله وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين) أقول : في هذا التعليل شيء ، وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسئلة باتفاق أصحابنا كما يدل عليه عدم ذكر الخلاف في الكتاب ، وقد صرح به في غاية البيان حيث قال : اعلم أن العبد المأذون المدين إذا باع من مولا شيئا بمثل قيمته جاز باتفاق أصحابنا جميعا له . وكونه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين غير ظاهر على أصل أبي يوسف ومحمد ، إذ قد مر في المسئلة الأولى أنهما قالا : المولى يملك ما في يد العبد المأذون ولو أحاطت ديونه بماله ورقبته . ولهذا لو أعتق من كسبه عبدا يعتق عندهما فكيف يتم القول بأن المولى كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين على أصلهما حتى يتمشى التعليل المذكور على قولهم جميعا فليتأمل في التوجيه (قوله وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده) قال صاحب النهاية : وهذا الخلاف متعلق بأول المسئلة ، وهو قوله وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف له . ورد عليه صاحب العناية حيث قال بعد نقل ذلك عنه .

لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الإذن ولهذا لا يمنع القليل ملك الوارث والمستغرق يمنعه (وأما الثالث فلم يذكره في الكتاب . ونقل بعض الشارحين عن يروع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز . قال (وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز) إذا باع العبد المدين الذي لزمته ديون من المولى شيئا بمثل قيمته جاز (لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين) . ويعلم منه أنه إذا لم يكن عليه دين لا يجوز لأنه ليس بأجنبي (وإذا باع منه بتقصان لم يميز مطلقا) أي سواء كان كثيرا أو قليلا (لأنه منهم في حق مولا) . يعلم إليه عادة ، بخلاف ما إذا باع من الأجنبي بملك فإنه يجوز مطلقا لأنه لا تهمة فيه . فإن قيل : التهمة فيه قد تكون موجودة . أجيب بأنه موهوم حيث أنه لم ينشأ عن دليل (قوله وبخلاف ما إذا باع المريض) مروى بالواو

لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته . أما حق الغرماء فتمتق بالمالية لاغير فافترقا . وقال أبو يوسف ومحمد : إن باعه بتقصان يجوز البيع ، ويغير المولى إن شاء أزال الحباية ، وإن شاء نقض البيع ، وعلى المذهبين اليسر من الحباية والفاحش سواء . ووجه ذلك أن الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم ، وهذا

وليس بصحيح لأنه معطوف بلا معطوف عليه ، بل المناسب لذلك عدم الواو اه . أقول : بل قوله لأنه معطوف بلا معطوف عليه ليس بصحيح ، فإنه معطوف حيثظ على قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة رحمه الله على أن يكون معنى الكلام وهاتان المثلتان : أعنى قول القدرى وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز ، وقوله وإن باعه بتقصان لم ييز ملاستان ، بخلاف ما إذا حابى الأجنبي . وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته . لكن على التوزيع بطريق الآف والنشر الغير للرتب : أى المسئلة الثانية ملاسة ، بخلاف ما إذا حابى الأجنبي والمسئلة الأولى ملاسة ، بخلاف ما إذا باع المريض من

وبغيره . قال فى النهاية : وهذا الخلاف متعلق بأوك المسئلة . وهو قوله وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو فى قوله وبخلاف . وليس بصحيح لأنه معطوف بلا معطوف عليه ، بل المناسب لذلك عدم الواو . وقال : ويجوز أن يكون بدون الواو فيتمتع بمحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي : أى أنه يجوز فى كل حال : أعنى إذا كانت الحباية بسيرة أوفاحشة أو كان البيع بمثل القيمة : ويبيع المريض من وارثه لايجوز عند أبي حنيفة رحمه الله فى كل حال من هذه الأحوال ، وهذا أوجه ، ولكن النسخة بالواو تأباه . قلت : ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى ، لأن المفهوم من قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي جواز الحباية معه مطلقا . ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة إشكالا عليه حتى يحتاج إلى الجواب . والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا بأوك المسئلة : وفى كلامه تعقيد ، وتقدير كلامه هكذا : وإن باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين ، بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل القيمة حيث لايجوز عنده ، لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه : أى عين مال الميت حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته ، أما حق الغرماء فيتمتع بالمالية لاغير فافترقا : أى المولى والمريض فى جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ، ثم بعد ذلك يذكر قوله وإن باع بتقصان لم ييز الخ . وقال أبو يوسف ومحمد ورحمهما الله : إن باعه بتقصان يجوز البيع ويغير المولى ، إن شاء أزال الحباية بإبصال البن إلى تمام القيمة ، وإن شاء نقض البيع وتخصيصها بهذا الحكم اختيار من المصنف لقول بعض المشايخ . قيل والصحيح أنه قول الكل لأن المولى يسيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع ، فلأن يكون له ذلك بالبيع أولى ، فصار العبد فى تصرفه مع مولاة كالمريض المدينون فى تصرفه مع الأجنبي (قوله وعلى المذهبين) أى مذهب أبي حنيفة ومذهب صاحبيه اعراض بين الحكم والدليل ليان تساوى الحباية باليسر والكثير ، فإن على مذهب أبي حنيفة رضى الله عنه إذا باع من مولاة بتقصان يسر أو كثير لايجوز فلا يغير ، وعلى مذهبهما يجوز ولكن يغير المولى (ووجه ذلك) أى وجه الجواز مع التخيير (أن الامتناع) عن البيع بالتقصان (لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم ، وهذا) أى الذى ذكرناه من

(قوله وليس بصحيح لأنه معطوف بلا معطوف عليه الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه معطوف على قوله بخلاف ما إذا حابى الخ : يعنى أن مسئلة القدرى ملتبية ، بخلاف هنا باعتبار جزئها الثانى ، وبخلاف بيع المريض باعتبار جزئها الأول (قوله أو كان البيع بمثل القيمة) أقول : يفهم هذا بطريق الدلالة (قوله نلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لأن المفهوم الخ) أقول : ويفهم منه جواز بيعه للأجنبي بمثل قيمته دلالة كما لايشى (قوله ولا يرد بيع المريض من وارثه الخ) أقول : بل يرد بأن يقال إذا جاز بيع المأذون من الأجنبي بالحباية : يعنى أن يجوز بيع المريض من وارثه بها وبدونها أيضا ، فأجاب بقوله بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لايجوز فكيف بالحباية (قوله والظاهر عدم الواو ، إلى قوله : وفى كلامه تعقيد) أقول : فيه بحث (قوله فافترقا : أى المولى والمريض) أقول : الظاهر أن يقال : أى العبد والمريض .

بخلاف البيع من الأجنبي بالخباية اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة الخباية ، والمولى يؤمر به لأن البيع باليسير منها مَرَدَد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم القومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للهمة غير تبرع في حق الأجنبي لانعدامها ، وبخلاف ما إذا باع من الأجنبي بالكثير من الخباية حيث لا يجوز أصلا عندهما ، ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة الخباية لأن الخباية لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما إلا بإذن المولى ، ولا إذن في البيع مع الأجنبي وهو إذن بمباشرة بنفسه ، غير أن إزالة الخباية لحق الغرماء ، وهذان الفرقان على أصلهما . قال (وإن باعه المولى شيئا بمثل القيمة أو أقل جاز البيع) لأن المولى أجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين على ما بيناه ولا همة في هذا البيع ، ولأنه مفيد فإنه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع القاعدة (فإن سلم المبيع إليه قبل قبض الثمن بطل الثمن) لأن حق المولى في العين من حيث الحبس ، فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجب المولى على عبده ، بخلاف ما إذا كان الثمن عرضا لأنه يتعين وجاز أن يبقى حقه متعلقا بالعين . قال (وإن أمسكه في يده حتى يستوفى الثمن جاز) لأن البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان أخص به من الغرماء ، وجاز أن يكون للمولى حق في الدين إذا

الوارث بمثل قيمته ، لا أن كلنا المستلثين ملاستان بكلتا الخلافين ، فإذا تحقق المعطوف عليه وبصح المعنى كما لا يخفى . ثم إن في تصحيح العطف على تقدير الواو توجيها آخر أشار إليه صاحب معراج النراية حيث قال : قوله وبخلاف ما إذا باع المريض متعلق بأول المسئلة ومعطوف على قوله وإن باعه بقصان لم يجر من حيث المعنى . تقدير الكلام : وإن باع من المولى بمثل قيمته

الجزاء والتخيير (بخلاف البيع من الأجنبي بالخباية اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة الخباية ، والمولى يؤمر به لأن البيع باليسير منها) أى من المولى والأجنبي مَرَدَد بين التبرع والبيع . أما التبرع فظنوا البيع عن الثمن في قدر الخباية ، وأما البيع (فللدخوله تحت تقويم القومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للهمة غير تبرع في حق الأجنبي لانعدامها ، وبخلاف ما إذا باع من الأجنبي بالكثير من الخباية حيث لا يجوز عندهما أصلا ، لأن الخباية من العبد المأذون له لا يجوز على أصلهما إلا بإذن المولى ولا إذن منه في البيع مع الأجنبي وهو إذن بمباشرة بنفسه ، غير أن فيه ضررا بالتزمام في إزالة الخباية ، وهذان الفرقان) بلفظ التثنية ، وفي بعض النسخ وهذا الفرقان : قال في النهاية : ولكن الأول أصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه مثبتا في النسخ المصححة ، والمراد بالفرق بين المولى والأجنبي في حق الخباية اليسيرة حيث يؤمر المولى بإزالتها دون الأجنبي ، والفرق بينهما في الكثيرية حيث لا يجوز عندهما مع الأجنبي أصلا ويجوز مع المولى ويؤمر بالإزالة . وأما أبو حنيفة رحمه الله على رواية هذا الكتاب فليس يحتاج إلى ذلك ، لأنه لا يجوز في البيع مع المولى شيئا من الخباية ، وإنما يحتاج إلى الفرق بين المولى والأجنبي في جواز البيع مع الأجنبي مطلقا ومع المولى بمثل القيمة ، وقد ذكرناه في صدر الكلام . قال (وإن باعه المولى شيئا كلامه ظاهر . إلى قوله : فإن سلم المبيع إليه : أى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن ، وتقرير دليله لأن حق المولى ثابت في العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع . والثابت في العين من حيث الحبس سقط بالتسليم لحق المولى سقط به ، فلو فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك في الدين لكونه في مقابلة العين والمولى لا يستوجب على عبده . حتى لو ألتف شيئا من ماله لم يضم ، بخلاف ما إذا كان الثمن عرضا فإن المولى يستوجب ، وهو أحق به من الغرماء لأنه يملكه بعينه بالعقد ، ويجوز أن يكون عين ملكه في يد غيره كما لو أودع عند عبده شيئا أو غصبه منه (وإن أمسك المولى المبيع في يده حتى يستوفى الثمن جاز له لأنه بائع ، وللبائع حق الحبس في المبيع ، ولهذا كان هو أخص به من الغرماء) فإن قيل : فعل هذا التقدير استوجب ديناً في ذمة العبد حتى حبس المبيع لأجله وهو لا يستوجب على ما قلناه . أجب بقوله (وجاز أن يكون للمولى حق في الدين إذا

نكاحاً يتعلق بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة الهابة أو بنقض البيع) كما بينا في جانب العبد لأن الزيادة تتعلق بها حق الغرماء . قال (وإذا أعتق المولى المسأون وعليه ديون فعتقه جائز) لأن ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لأنه ألتف ما تعلق به حقهم بيعاً واستيفاءً من ثمنه (وما بقى من الديون يطالب به بعد العتق) لأن الدين في ذمته و ما لزم المولى إلا بقدر ما ألتف ضامناً فوق الباقي عليه كما كان (فإن كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير) لأن حقهم بقدره ، بخلاف ما إذا أعتق المدبر وأم الولد المأفون لهما وقد ركبهما ديون

جاء ، بخلاف ما إذا باع بالنقصان حيث لم يجز . وبخلاف ما إذا باع المريض . هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف اه . والعجب أن صاحب العناية وإن لم يطلع على ما ذكرناه أولاً من التوجيه الوجيه ، إلا أن الظاهر أنه قد رأى توجيه صاحب معراج الدرية ، ومع ذلك جزم بأنه معطوف بلا معطوف عليه بدون أن يبين الفساد في توجيه صاحب معراج الدرية . نعم في توجيهه تمحل لا يمتحى ، ولكن لا يمتحى أيضاً أنه ليس بأبعد مما أتفق عليه اختياره صاحب العناية نفسه حيث قال : والظاهر عدم الواو يجعله متعلقاً بأول المسئلة ، وفي كلامه تعقيد إلى آخر ما ذكره كما سيأتى نقله وبيان حاله . وقال صاحب العناية بهد كلامه السابق : ويجوز أن يكون بدون الواو فيمتلحق بحكم قوله المتصل به . وهو قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي : أى أنه يجوز في كل حال : أعنى إذا كانت الهابة سيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند أى حنيفة في كل حال من هذه الأحوال ، وهذا أوجه ، ولكن النسخة بالواو تأباه ، اه كلامه . وردت عليه صاحب العناية كلامه هذا أيضاً حيث قال بهد نقله أيضاً عنه : قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى ، لأن المجهوم من قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي جواز الهابة معه مطلقاً ، ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة إشكالاً عليه حتى يحتاج إلى الجواب اه . أقول : ليس هذا أيضاً بوراد لأنه كما يفهم من قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي جواز الهابة معه مطلقاً . كذلك يفهم منه جواز بيعه منه بمثل القيمة ، غير أن الأول مفهوم بالعبارة والثانى مفهوم بالدلالة ، لأنه إذا جازت الهابة معه فلا يجوز البيع منه بمثل القيمة أولى كما لا يمتحى . وعن هذا قال صاحب العناية في تفسير قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي : أى أنه يجوز في كل حال : أعنى إذا كانت الهابة سيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة فإنما اتجهت المطالبة بالفرق بين بيع العبد من الأجنبي وبين بيع المريض من الوارث حيث جاز الأول دون الثانى ، مع أن فى كل منهما تعلق حق الغير بالمبيع فاحتاج إلى الجواب عنها بقوله بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عتده . لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه :

تعلق بالعين) يعنى يجوز أن يستوجب على عبده ديناً إذا كان ذلك الدين متعلقاً بالعين . كالمكاتب فإن للمولى استوجب عليه بذل الكتابة وهو دين ما تعلق برقبته . وهذا لأن البيع قبل التسليم يزول العين عن ملك البائع ولا يزول يده ما لم يستوف الثمن ، فإذا كانت اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هى وبالعين من حيث تعلقه بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته جاز لكنه يحجر بين إزالة الهابة ونقص الثمن كما بينا في جانب العبد) سواء كانت سيرة أو كثيرة (لأن الزيادة تتعلق بها حق الغرماء) قال في النهاية : هذا على اختيار صاحب الميسوط ، وأما على رواية صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الإسلام رحمه الله فإن هذا البيع لا يجوز عند أى حنيفة رحمه الله أصلاً بما ذكر في جانب العبد . قال (وإذا أعتق المولى) عبده (المأفون) له (وعليه ديون) لزمته بسبب التجارة أو الغصب أو جود الوديعة أو إتلاف المال (فاعتاقه جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء قيمته) بالغة ما بلغت إذا كان الدين مثلاً أو أكثر منها علم بالدين أو لم يعلم به (لأنه ألتف ما تعلق به حقهم بيعاً واستيفاءً من ثمنه) وضمان الإتلاف لا يمتلحق بالعلم وعدمه ولا يوجب أزيد من مقدار ما ألتف (فوق الباقي عليه كما كان) ويطالب به بعد العتق (فإن كان الدين أقل من قيمته ضمن الدين لا غير لأن حقهم بقدره ، بخلاف ما إذا أعتق المدبر) على ما ذكره وهو واضح

(قوله وأما على رواية صاحب الكتاب) أقول : يعنى للقدوسى .

لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاءً بالبيع فلم يكن المولى متلفاً حقهم فلم يتضمن شيئاً .

يعنى أنه لا يجوز عنده بيع المريض من الوارث بمثل قيمة المبيع بناء على تعلق حق الغير بعينه فكيف يجوز بيعه منه بالمحاباة ، وقد سلك هاهنا أيضاً مسلك الدلالة فلا محذور في ترك الواو من حيث المعنى على تقدير أن يجعل قوله المذكور متعلقاً بحكم قوله المتصل به . وقال تاج الشريعة : قلت ينبغي أن يأتي بالمسئلة بلا واو لأنه أول مسئلة مودعة نقضاً على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما إذا حان الأجنبي لأنه لبيان الفرق بين ما إذا باعه من المولى بتقصان لم يميز ومع الأجنبي جاز ، وإنما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على بيع المريض من الأجنبي بالمحاباة فأدخل الواو للدفع هذا الوهم اهـ . أقول : ليس هذا بسديد . أما أولاً فلأن قوله لأنه أول مسئلة مودعة نقضاً على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما إذا حان الأجنبي لأنه لبيان الفرق بين ما إذا باعه من المولى بتقصان لم يميز ومع الأجنبي جاز كلام خال عن التحصيل ، لأن مسئلة الكتاب هاهنا الثتان : أولاً ما إذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز ، وأخرهما قوله وإن باعه بتقصان لم يميز . فكأن قوله بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لدفع توهم انتقاض المسئلة الأولى بمسئلة بيع المريض من الوارث بمثل القيمة ، كذلك قوله بخلاف ما إذا حان الأجنبي لدفع توهم انتقاض المسئلة الأخرى بمسئلة المحاباة المأذون مع الأجنبي ، وكما أن قوله بخلاف ما إذا حان الأجنبي لبيان الفرق بين ما إذا باع المأذون من موله شيئاً بتقصان وبين ما إذا باعه من الأجنبي بتقصان كذلك قوله وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لبيان الفرق بين ما إذا باع المأذون من موله شيئاً بمثل قيمته وبين ما إذا باعه المريض من وارثه بمثل قيمته ، فإن أراد تاج الشريعة بقوله المذكور أن الأولى من المسلتين الزبورتين مسئلة الكتاب : أى مختصراً القدورى دون الأخرى منهما فليس بصحيح ، إذ كلتاها مسلتان مذكورتان معا في مختصر القدورى ، وإن أراد بذلك أنهما وإن كانتا معا مسلتى الكتاب إلا أن قوله وبخلاف ما إذا باع المريض الخ لدفع توهم الانتقاض دون قوله بخلاف ما إذا حان الأجنبي فإنه لبيان الفرق فليس بصحيح أيضاً ، لأن دفع توهم الانتقاض إنما يكون ببيان الفرق ، فقصد أحدهما يستلزم قصد الآخر على أنه لا تأثير لهذا المعنى في إثبات المسئلة بلا واو كما لا يخفى على الفطن فلا يثبت مدعاه ، وإن أراد به أن قوله وبخلاف ما إذا باع المريض متعلق بأولى مسلتى الكتاب ، وقوله وبخلاف ما إذا حان الأجنبي متعلق بأخرهما فلا معنى للواو فيها يتعلق بالأولى ؟ قلنا : قد تقرر في علم الأدب أن الواو لمطلق الجمع لا ترتيب فيها ، فدخلوها لا يقتضى التأخر لا في الوقوع ولا في التعلق ، فلا محذور في إتيان الواو هاهنا أصلاً . وأما ثانياً فلأن قوله وإنما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على بيع المريض من الأجنبي بالمحاباة فأدخل الواو للدفع هذا الوهم ليس بتمام أيضاً ، لأنه إذا كان الواو فيه للعطف كما هو الظاهر المتبادر . فإن كان المحل صالحاً للعطف فما معنى قوله من قبل ينبغي أن يأتي بالمسئلة بلا واو لأنه أول مسئلة مودعة نقضاً على مسئلة الكتاب ، وإن لم يكن صالحاً له فكيف يصح إدخال واو العطف فيما لا يصلح للعطف مجرد دفع توهم شيء ، وإن لم يكن الواو للعطف فمن أين يتدفع ذلك التوهم ، وقال صاحب الناية : والظاهر عدم الواو بحمله متعلقاً بأولى المسئلة ، وفي كلامه تعقيد ، وتقدير كلامه هكذا : وإن باع من المولى شيئاً بمثل القيمة جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين ، بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده ، لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه : أى عين مال الميت حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته . أما حق الغرماء فيتمتع بالمالية لا غير فافترقا : أى المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ، ثم بعد ذلك يذكر قوله وإن باع بتقصان لم يميز الخ . اهـ كلامه . أقول : لا يخفى على ذى فطنة سليمة أن جعل الظاهر هاهنا عدم الواو وبناءه على حل كلام المصنف على مثل هذا التحديد التبعي علول عن سنن الصواب وخروج عن دائرة الإنصاف ، ولعل هذا أتيح الاحتمالات المذكورة في حل هذا المحل . ثم إن في تقريره خلافاً آخر فإنه قال في تفسير قول المصنف فافترقا :

قال (وإن باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه ، فإن شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته ، وإن شاعوا ضمنوا المشتري) لأن العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه ، إلا أن يقضى المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغيب فيخبرون في التضمن (وإن شاعوا أجازوا البيع وأخلوا الثمن) لأن الحق لهم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق كما في الموهون (فإن ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعبب فلهمولى أن يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد) لأن سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم ، وصار كالفأصب إذا باع وسلم وضمن القيمة . ثم رد عليه بالعبب كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا .

أى المولى والمريض ، وكان الصواب أن يقول : أى العبد والمريض كما لا يخفى على المتأمل . والعجب أنه قال بعد ذلك في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث فيقول للمنى على هذا ، إلى أن يقال في جواز بيع المولى من المولى دون يجوز بيع المريض من الوارث ولا يخفى ما فيه) قوله وإن باعه المولى وعليه ديون يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه . فإنه شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته ، وإن شاعوا ضمنوا المشتري (قال الشراح : إنما قيد سبب ضمان كل واحد من البائع والمشتري بما ذكر من التسليم والتغيب ، ولم يكتف بمجرد البيع والشراء لأنهما لا يضمنان بمجردهما بل بتغيب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لأنهم يستمعونه أو يبيعونه كما يريدون ، وذلك إنما يفوت بالتسليم والتغيب لا بمجرد البيع والشراء اهـ . أقول : لقائل أن يقول : فإذا نبهني أن يكون الضمان في هذه المسئلة على المشتري فقط فإن تغيب العبد الذى فيه حق الغرماء إنما وقع منه دون البائع ولولا التغيب لأمكن لهم أن يردوا البيع فيستعصون العبد أو يبيعونه فلا ضمان حينئذ على أحد كما سيحيجى في المسئلة الآتية . فإن قلت : تغيب فالك العبد وإن وقع من المشتري دون البائع إلا أن في البائع أيضا سببية له إذ لولا بيعه وتسليمه لما غيبه المشتري . قلت : نعم ، إلا أن سببية ذلك بعيدة ، وقد تقرر صلهم ومرا أن الحكم يضاف إلى أقرب الأسباب فتأمل . ثم إن صاحب العناية

قال (وإن باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه) معناه باعه بثمن لا يلقى بديونهم بدون إذن الغرماء والدين حال (فإن شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وإن شاعوا ضمنوا المشتري ، لأن حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم أن يبيعوه إلا أن يقضى المولى دينهم وقد ألقاه ، أما البائع فبالبيع والتسليم ، وأما المشتري فبالقبض والتغيب : فيخير الغرماء في التضمن . وإنما لم يكتف بمجرد البيع والشراء لأنهما لا يضمنان بمجردهما ، بل بتغيب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لأنهم يستمعونه أو يبيعونه كما يريدون ، وذلك إنما يفوت بالتسليم والتغيب لا بمجرد البيع والشراء (وإن شاعوا أجازوا البيع وأخذوا الثمن لأن الحق لهم فلهم الإجازة لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق) ولو كان البيع بإذنهم لم يكن هناك ضمان ، فكذا إذا أجازوا ، وكذا إذا كان الثمن وفى بديونهم ووصل إليهم فليس لهم تضمين البائع على ما سيحيجى ، وكذا إذا كانت الديون على المأذون موجهة إلى أجل فباعه المولى بأكثر من قيمته أو بأقل منها جاز بيعه ، وليس لهم حق المطالبة حتى يمل دينهم ، فإن حل ضمنوه قيمته لأنه أئلف عليهم عمل حقهم وهو المالية ، وهذه فوائد القيود المذكورة . وقوله (كما في الموهون) يعنى أن الرامن إذا باع الموهون بدون إجازة الرهن ثم أجزاه الرهن جاز البيع لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء (فإن ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى النخ معناه إذا قبله بقضاء لأن القاضى إذا رده فقد فسخ العقد بينهما فعاد إلى الحال الأولى وهو ظاهر ، ولكن بى شيء وهو أن حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالروصى إذا باع التركة بغير إذن الغرماء . وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر في البيع بل لم الاستعصاء وقد فات بالبيع ، وحق الغرماء متحصص

(قوله لأنهم يستمعونه النخ) أقول : وعلى هذا في التعليل لفتى ذكره المصنف قصور . (قوله فإذا سل ضمنوه النخ) أقول : فيه تأمل (قوله وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر النخ) أقول : قد علم هذا الجواب مما سبق في آخر المسئلة السابقة وتكراره لإفادة الفرق مع الروصى .

قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين فللغرماء أن يردوا البيع) لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته ، وفي كل واحد منهما فائدة ، فالأول تام " مؤخر والثاني ناقص معجل ، وبالبائع نفوت هذه الخيرة فلهذا كان لم أن يردوه . قالوا : تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن ، فإن وصل ولا عناية في البيع ليس لم أن يردوه لوصول حقهم إليهم .

قال : ولكن بقي شيء وهو أن حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم الموتة فلا يجب عليه الضمان ، كالمولى إذا باع التركة بغير إذن الغرماء . وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر في البيع بل لم الاستسعاء وقد فات بالبائع ، وحق الغرماء منحصر في بيع التركة فافترقا اه كلامه . أقول : لا يتجه السؤال المذكور على مسئلتنا هذه أصلا ، لأن وضعها فيما إذا كان ثمن العبد أقل من قيمته ، وأما إذا كان ثمنه أكثر من قيمته أو مساويا لها فلا يثبت للغرماء الخيار بين الأشياء الثلاث المذكورة في هذه المسئلة ، بل يتعين لم إذا ذلك إجازة البيع وأخذ الثمن لعدم الفائدة في التضمين ، وقد صرح بذلك كثير من التفات منهم تاج الشريعة حيث قال : وهذا الخيار إذا كان الثمن أقل من القيمة . أما إذا كان أكثر أو مساويا فلا خيار لم اه . ومنهم صاحب الغاية حيث قال بعد ذكر تمام المسئلة " ويان أنه لفظ محمد في الجامع الصغير : هذا إذا باعه بأقل من قيمته ، فأما إذا باعه بقيمته أو بأكثر من قيمته وقبض وهو في يده فلا فائدة في التضمين ولكن يدفع الثمن إليهم اه . فإذا كانت مسئلتنا هذه فيما إذا كان ثمن العبد الذي باعه المولى به أقل من قيمته لم يتجه أن يقال إن حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم الموتة فلا يجب عليه الضمان ، لأن حقهم كان في بيع العبد بقيمته والمولى قد باعه بأقل منها فقد قصر وتمدى فوجب عليه الضمان قطعا . ثم أقول : في الجواب المذكور نظر ، لأن حاصله أن سبب وجوب الضمان على المولى نفوته حق الاستسعاء الغرماء ببيعة العبد ، ومقتضى هذا أن يجب على المولى ضمان الدينون بالتمام دون ضمان قيمة العبد فقط ، لأنهم كان لم أن يستسعوا العبد في جميع ديونهم لا في مقدار قيمة فقط . وقد فات بالبائع والتضمين حق الاستسعاء بالكلية فينبغي أن يضمن البائع المشتري جميع ما فواته وهو جميع ما يمكن استيفائه بالاستسعاء من الدينون ، ولم يقل به أحد ، وإنما الذي قالوا به أن يجب عليهما ضمان مقدار قيمة العبد لا غير تقدير (قوله قالوا تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن ، فإن وصل ولا عناية في البيع ليس لم أن يردوه لوصول حقهم إليهم) قال صاحب

في بيع التركة فافترقا . قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين) إذا قال المولى هذا العبد الذي أبيعهم مديون يريد به سقوط خيار المشتري في الرد بسبب الدين ليكون البيع بينهما لازما فذلك لا يوجب الزوم في حق الغرماء (فلهم أن يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته) به وكلمة به محذوفة من الثمن (وفي كل منهما فائدة) فالأول يعنى الاستسعاء (تام " مؤخر والثاني ناقص) لأن لم يف بديونهم (معجل وبالبائع نفوت هذه الخيرة فلهذا كان لم أن يردوه . قال المشايخ : تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن ، فإن وصل ولا عناية في البيع ليس لم أن يردوه لوصول حقهم إليهم) قيل في عبارته تسامح لأن وصول الثمن إليهم مع عدم العناية في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز أن يصل إليهم الثمن ولا عناية في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لم ولاية الرد والاستسعاء من الدينون . وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لم ولاية الرد ، وفيه نظر لأنه يذهب بفائدة قوله ولا عناية في البيع ، فلزم إذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وإن كان فيه عناية ، ولعل الصواب أن يقال : قوله ولا عناية في البيع معناه أن الثمن بقي بديونهم بدليل قوله والثاني ناقص معجل ، فإنه إنما يكون ناقصا إذا لم يف بالدينون . فإن قيل : إذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بالجناية كان مختارا للفداء فما بال هذا لا يكون

(قوله ولعل الصواب أن يقال : قوله ولا عناية في البيع الخ) أقول : فإن قيل : كيف يتعسف هذا القهاب بفائدة قوله ولا عناية ؟ قلنا : لأن الوصول لا يستلزم التمسك فإنه يكون بإحضار الثمن والتخليه بينهم وبينه فليتأمل (قوله بدليل قوله والثاني الخ) أقول : دلالة لا تظهر من خلاف .

قال (فإن كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري) معناه إذا أنكر الدين وهذا (عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : المشتري خصمهم ويقضى لهم بدينهم) وعلى هذا الخلاف إذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بنخص عندهما خلافا له . وعنه ما مثل قوله في مسئلة الشفعة . لأن يوسف أنه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه . ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب .

النهاية في هذا اللفظ نوع نظر ، إذ كان من حقه أن يقال : وتأويله إذا باع بضمن لا يني بديونهم كما هو المذكور في باب جنابة العبد من كتاب الجامع الكبير فخر الإسلام ومأذون الجامع الصغير لقاضيخان والذخيرة ، وذلك لأنه إذا لم يكن في البيع عناية ولكن الثمن كان لا يني بديونهم كان لهم أن يردوا البيع لقوات حقهم في الاستسعاء بما بقي من ديونهم على العبد . وبما ذكر في الكتاب لا يحصل هذا المعنى ، وهو انسداد باب الرد لم لأنه يحتتمل أن لا يني الثمن بديونهم . وإن لم يكن في البيع عناية فتبقى لهم ولاية الرد لاستسعاء باقي الديون . اللهم إلا أن يريد بقوله فإن وصل ولا عناية في البيع رضا الغرماء بأخذهم الثمن . فإنهم لما أخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فيفسد حينئذ باب الرد ، ولكن احتيال لإرادة إحضار الثمن والتخلية بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فلا ينهض ذلك اللفظ حينئذ يانا لانسداد باب الرد لم من كل وجه . فكان المعقول ما ذكره الإمام قاضيخان في جامعه بقوله : وتأويله إذا باع بضمن لا يني بديونهم لأنهم كان لهم حق الاستسعاء إلى أن يصل إليهم ديونهم ، وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري فكان لم أن يقضوا البيع ، وإن كان في الثمن وفاء بديونهم لا يكون لهم ولاية تقضى البيع . إلى هنا كلام صاحب النهاية . وقد نقله صاحب معراج الدراية بعين عبارته . وأما صاحب العناية فتقله بطريق الإجمال وأورد للنظر على الجواب حيث قال : قيل في عبارته تسامح ، لأن وصول الثمن إليهم مع عدم العناية في البيع لا يستلزم نفي الرد بلواز أن يصل إليهم الثمن ولا عناية في البيع لكن لا يني الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد والاستسعاء في الديون . وأوجب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد ، وفيه نظر لأنه يذهب بفائدة قوله ولا عناية في البيع ، فإنهم إذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وإن كان فيه عناية ، إلى هنا كلامه . أقول : أولا في الجواب المذكور نظر آخر ، وهو أنه لو كان مراد المصنف بقوله فإن وصل ولا عناية في البيع ما ذكر في ذلك الجواب لما تم تعليقه بقوله لوصول حقهم إليهم ، فإنه إذا لم يكن في الثمن وفاء بديونهم لم يصل إليهم حقهم بالتام ، ووصول بعض حقهم إليهم لم يقد شيئا في نفي ردهم البيع كما بين في السؤال ، بل كان حق التحليل حينئذ أن يقال لرضاهم بسقوط حقهم . وأقول ثانيا : يمكن الجواب عن النظر الذي أورده صاحب العناية بأن فائدة قوله ولا عناية في البيع حينئذ هي أن لم أن يقولوا في صورة العناية إنما قبضنا الثمن على اعتقاد أن

مختارا لقضاء الديون من ماله ؟ أوجب بأن موجب لجنابة الدفع على المولى ، فإذا تعذر عليه بالبيع طوبى له ببقاء الواجب عليه . وأما الدين فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والإعاق حتى يؤخذ به بعد العتق ، فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة أن يقول أنا أقضى دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه ، وفيه نظر لأن قوله أنا أقضى دينه يحتتمل الكفالة فلم يتعين عدة . والجواب أن العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به إلا أن يقوم الدليل على خلافه (فإن كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري إذا أنكر الدين عند أبي حنيفة ومحمد ورحمهما الله وإنما قيد بالإنكار لأن المشتري إذا أقر بدينهم وصدتهم في الدعوى كان لهم أن يردوا البيع بلا خلاف وقال أبو يوسف رحمه الله : المشتري خصمهم ويقضى لهم بدينهم ، لأنه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه فيها في يده . ولهما أنه لو جعل خصما لأدعى عليه ، والدعوى تتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب) قال فخر الإسلام رحمه الله : وعلى هذا الخلاف إذا اشترى رجل دارا لها شفيع ثم وهبها لرجل وسلمها إليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فإن الموهوب له ليس بنخص عندهما خلافا له وعنه ما ، وهو رواية

قال (ومن قدم مصر) اوقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة) لأنه إن أخبر بالإذن فالإخبار دليل عليه . وإن لم يخبر فتصرفه دليل عليه ، إذ الظاهر أن المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات كي لا يضيق الأمر على الناس ،

لإعابة في البيع . فإذا علمنا الإعابة فيه لارضى بها ، بل نرد البيع فتبطل العبد بهام القيمة ، بخلاف ما إذا يكن في البيع إعابة فإنه لا يمتشي فيه ذلك العذر فافترقا . ثم قال صاحب العناية : ولعل الصواب أن يقال : قوله ولا إعابة في البيع معناه أن الثمن يني بديوهم بدليل قوله والثاني ناقص معجل ، فإنه إنما يكون ناقصا إذا لم يف بالديون اه . أقول : وفيه نظر . أما أولا فلا أنه لو كان معنى قوله ولا إعابة في البيع أن الثمن يني بديوهم ذهب فائدة قوله فإن وصل في قوله فإن وصل ولا إعابة ، وفائدة قوله إذا لم يصل إليهم الثمن في قوله وتأويله إذا يصل إليهم الثمن ، إذ لا يني لم حينئذ حتى الاستمساك بل يتعين حتى الاستيفاء من رقبته فلا تتصور فائدة البيع سواء وصل إليهم الثمن أو لم يصل ، إذ لا يني لم حينئذ حتى الاستمساك بل يتعين حتى الاستيفاء من رقبته فلا تتصور فائدة في الرد فلا يثبت لم الخيرة . وأما ثانيا فلا أن معنى انتفاء الإعابة في البيع ليس عين معنى وفاة الثمن بديوهم وهو ظاهر ، وإن أحدهما لا يستلزم الآخر أصلا بل هو أن تنفي الإعابة في البيع ، ولا يني الثمن بديوهم ، وجواز أنه يني الثمن بديوهم ولا تنفي الإعابة فلم يصح أن يكون معنى قوله ولا إعابة في البيع أن الثمن يني بديوهم لا يحسب الحقيقة وهو ظاهر ، ولا يحسب التجوز أو الكتابة لعدم العلاقة المصححة لذلك بينهما (قوله ومن قدم مصر) اوقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لأنه . إن أخبر بالإذن فالإخبار دليل عليه ، وإن لم يخبر فتصرفه دليل عليه) قال في التباية : أي فتصرفه دليل على أنه مأذون في التجارة وقال : هذا الذي ذكره جواب الاستحسان . وأما جواب القياس فإن لا يقبل قوله لأنه أخبر عن شيئين : أحدهما أخبر أنه مملوك وهذا إقرار على نفسه . والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا إقرار على المولى ، وإقراره عليه لا يصلح حجة . وأما وجه الاستحسان فما ذكره في الكتاب اه . وافق أثره صاحب العناية في شرح هذا المقام أثر ذلك . أقول : تحرير هذا المصل على هذا النوال لا يخلو عن الاختلال ، فإن قولهما في تقرير وجه القياس والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا إقرار على المولى غير متمشٍ في أحد شي هذه المسئلة ، وهو ما إذا لم يخبر بالإذن ، إذ لا إخبار من العبد في هذه الصورة فلا إقرار على المولى فيها . وأما جعل الإخبار في قولهما والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة أهم من الإخبار الحقيقي والمحكي ، وادعاء أن في ذلك الشق إخبارا حكيا عن كونه مأذونا وهو تصرفه تصرف المأذون فتصحل جدا كما لا يخفى . فالأولى هاهنا تحرير صاحب الكافي ، فإنه جعل هذه المسئلة على وجهين . وذكر لكل واحد منهما وجه قياس . ووجه استحسان على الاستقلال حيث قال : والمسئلة على وجهين : أحدهما أن يخبر أن مولا أذن له فيصلى استحسانا عدلا كان أو غير عدل . والقياس أن لا يصديق لأنه مجرد دعوى منه فلا يصديق إلا بحجة لقوله عليه الصلاة والسلام « البيعة على المدعي » وجه الاستحسان أن الناس تعاملوا ذلك ، وإجماع المسلمين حجة يخص بها الأمر ويترك بها القياس والنظر ، ولأن في ذلك ضرورة ، وبولي فإن الإذن لا بد منه لصحة تصرفه وإقامة الحجبة عند كل عقد غير ممكن ، والأصل أن ما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه ، وما عمت بليته سقطت قضيته . وثانها أن يبيع ويشترى ولا يخبر بشيء ، والقياس فيه أن لا يثبت الإذن لأن السكوت محتمل .

ابن سباعة مثل قوله في هذه المسئلة . قال (ومن قدم مصر) رجل قدم مصر) اوقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة . لأنه إن أخبر أنه مأذون له فإخباره دليل عليه ، وإن لم يخبر فتصرفه دليل على إذنه وهو استحسان . والقياس أن لا يقبل قوله لأنه أخبر بشيئين : أحدهما أنه أخبر أنه مملوك وهذا إقرار منه على نفسه . والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا إقرار على المولى ، وإقراره عليه ليس بحجة . وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب . وقوله (كي لا يضيق الأمر على الناس) توضيحه أن الناس حاجة إلى قبول قوله لأن الإنسان يبيع بالأحرار والعبد في التجارة ، فلو لم يقبل قول الواحد في المعاملات لاحتاج إلى أن يبيع شاهدين يشهدان عند كل تصرف أنه مأذون له في التجارة ، وفي ذلك من الضيق مالا يخفى .

(إلا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه) لأنه لا يقبل قوله في الرقية لأنها خالصة حق المولى ، بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بينا (فإن حضر فقال هو مأذون بيع في الدين) لأنه ظهر الدين في حق المولى (وإن قال هو محجور فاقول قوله) لأنه متمسك بالأصل .

(فصل)

(وإذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون إذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) وقال الشافعي : لا ينفذ لأن حجره لصابه فيبقى ببقائه ، ولأنه مولى عليه حتى يملك الولي

وفي الاستحسان يثبت لأن الظاهر أنه مأذون لأن أمور المسلمين معمولة على الصلاح ما أمكن ولا يثبت الجواز إلا بالإذن فوجب أن يحمل عليه ، والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات دفعا للشروع عن الناس . والقياس أن يشترط عدالة المخبر لأن الحجة خير العدل . وفي الاستحسان لا يشترط للضرورة أو البولي ، إلى هنا كلامه . واقتضى أثره صاحب معراج الدراية في شرح هذا الكتاب والإمام الريلغي في شرح الكنز (قوله إلا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه) لأنه لا يقبل قوله في الرقية لأنها خالصة حق المولى ، بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بينا) أقول : لقاتل أن يقول : إن أراد بقوله لأنها خالصة حق المولى أنه ليس فيها حق العبد ولا حق الغرماء فهو ممنوع ، إذ قد تقرر فيما مر أن حق الغرماء يتعلق برقية العبد المأذون حتى كان لم أن يبيعه لاستيفاء ديونهم إلا أن يفدى المولى ديونهم ، وإن أراد بملك أنه ليس فيها حق العبد كما هو المتبادر من قوله بخلاف الكسب لأنه حق العبد فهو مسلم ، لكن لا يمت به التعليل حيث قلنا أن لا يقبل قوله في الرقية أصلا لأنه لا يمنع أن يقبل قوله فيها لتعلق حق الغرماء بها كما يقبل قوله في ثبوت الإذن له ولزوم كل شيء في التجارة لتلا يضييق الأمر على الناس فليتأمل . والأظهر في تعليل قوله لا يقبل قوله في الرقية : أي في حق بيع الرقية أن يقال : لأن بيع الرقية ليس من لوازم الإذن في التجارة ، ألا ترى أنه إذا أذن المدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان وهما مأذون لهما كما ذكر في النهاية وغيرهما .

(فصل)

لما فرغ من بيان أحكام إذن العبد في التجارة شرع في بيان أحكام إذن الصبي والمعتوه ، وقدم الأول لكثرة وقوعه (قوله وإذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون إذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه)

وقوله (إلا أنه) استثناء من قوله لمز كل شيء ، ومعناه أنه إذا لم يكن في كسبه وقاء لا يباع في الدين حتى يحضر مولاه لأنه لا يقبل قوله في الرقية لأن بينهما ليس من لوازم الإذن في التجارة ، ألا ترى أنه إذا أذن للمدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان فيه فكانت خالصة حق المولى وحيث جاز أن يكون مأذونا ولا يباع ، بخلاف الكسب فإن قضاء الدين من كسبه من لوازم الإذن في التجارة وهو حق العبد على ما بينا ، يريد به قوله في وسط كتاب المأذون ويتعلق دينه بكسبه ، إلى أن قال : لأن المولى إنما يحتلف في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد (فإن حضر مولاه فقال هو مأذون له بيع في الدين لظهوره في حق المولى وإن قال هو محجور فاقول قوله) وعلى الغرماء البينة ، لأن دعواه الإذن كدعواه الإعطاء والكتابة ، ولا يقبل قوله عند جحود المولى إلا ببينة .

(فصل)

لما فرغ من أحكام إذن العبد في التجارة بين أحكام إذن الصبي ، إلا أنه قدم الأول لكثرة وقوعه ، ولكونه مجمعا عليه

(فصل وإذا أذن ولي الصبي)

التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة وصار كالطلاق والعناق ، بخلاف الصوم والصلاة لأنه لا يقام بالولي ، وكذا الوصية على أصله فتحققت الضرورة إلى تنفيذه منه . أما بالبيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة هاهنا . ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافات . والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته ، وقد ثبتت نظرا إلى إذن الولي ،

أقول : كان الظاهر أن يقول في جواب المسئلة : فهو في التجارة كالعبد المأذون ليطابق ما قبله من قوله في التجارة ، ولعلم غير البيع والشراء من سائر أسباب التجارات لنفوذ تصرفه في سائرهما أيضا عندنا ، وكأنه قصد الاكتفاء بذكر البيع والشراء لكونهما من أصول أسباب التجارات ، إلا أنه أثر القبط الكثير على القبط القليل مع كون الثاني أعم وأظهر في إفادة تمام المراد . وهذا ما في عبارة مختصر التلوي ، ثم بعد ذلك قصر المصنف من جهة أخرى حيث قصر في البداية على قوله إذا كان يعقل البيع وكان عبارة المختصر إذا كان يعقل البيع والشراء ، وأصر على ذلك في الهداية أيضا مع ظهور مزية ما في عبارة المختصر ، لأن تعمله البيع فقط غير كاف في كونه كالعبد المأذون نافذ التصرف في باب التجارة مطلقا ، بل لابد من أن يعقل الشراء أيضا بأن يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ، ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كما صرحوا به (قوله والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته ، وقد ثبتت نظرا إلى إذن الولي) هذا جواب عن قول الشافعي ، لأن حجره لصبا فينبى ببقائه . تقريره أن الصبا سبب الحجر لعدم هداية الصبي في أمور التجارة لا لذاته فصار هو كالعبد في كون حجره لغيره ، فإذا أذن له الولي زال ذلك الغير . لأنه يستدل به على ثبوت هدايته في أمور التجارة ، إذ لو لم يكن هاديا فيها لما أذن له

في الجواز ، والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش إذا أذن له الولي كان كالعبد المأذون في نفوذ تصرفه وعدم التقيد بنوع دون نوع وصيرورته مأذونا بالسكوت وصحة إقراره بما في يده وغير ذلك مما ذكر في العبد . وقال الشافعي رحمه الله : لا ينشد تصرفه لأن حجره لصباية نفسه وهو باق بعد الإذن ، وبقاء العلة يستلزم للملوم لامحالة ، بخلاف حجر الرقيق فإنه ليس لرق نفسه بل لحق المولى . وهو يسقط بإذنه لكونه راضيا بتصرفه حيثل ، ولأنه مولى عليه حتى يملك المولى التصرف والحجر عليه والمولى عليه لا يكون واليا للمنافاة ، لأن كونه مزيا عليه صمة العجز وكونه واليا صمة القدرة فصار كالطلاق والعناق ولا يصحان منه ، وإن أذن له الولي بخلاف الصوم النفل والصلاة النافلة لأنهما لا يقامان بالولي فيصحان منه (قوله وكذا الوصية على أصله) يعني قلت بصحتها كصحتها إذا كانت في أبواب الخير ، وأصله أن كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه صح تصرفه بنفسه فيه وما يتحقق منه لا يصح مباشرة الصبي فيه بنفسه لأن تصرفه بنفسه بسبب الضرورة (وقد تحققت) فيوجب تنفيذه (أما بالبيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة . ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه) أما أنه تصرف مشروع فلأن الله تعالى أحل البيع من غير فصل بين البالغ والصبي ، وأما أنه صدر من أهله فلا أنه عاقل يميز يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويعلم الغبن اليسير من الفاحش والأهلية لهذا التصرف بكونه كذلك . وأما أنه في محله فلكون المبيع مالا متوقفا . وأما الولاية الشرعية فلا تنص صلب بإذن وليه ، والولي له هذا التصرف فكلما من أذن له ، ألا ترى أن الطلاق والعناق لما لم يملكه الولي لا يملك الإذن به . فصدورهما من الصبي لا يكون عن ولاية شرعية وإن أذن الولي بذلك (قوله والصبا سبب الحجر) جواب عن قوله لأن حجره لصبا . وتقريره أننا لانسلم أن حجر الصبي لذاته بل بالغير وهو عدم الهداية في أمور التجارة ، فصار كالعبد في كون حجره لغيره وهو حق المولى ، فإذا أذن له الولي زال ذلك الغير . لأنه يعلم أنه

(قوله والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش) أقول : الظاهر أن يقال : لاني يعقل أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الفاحش ، إلا أنه انحصر على الثاني بناء على أنه يستلزم الأول (قوله يعني قلت بصحتها) أقول : الفصير في بصحتها راجع إلى الوصية (قوله صح تصرفه بنفسه فيه) أقول : إن لم يكن مقصرة من كل وجه فلا ينتقض بالطلات والعناق .

وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقتين واحتمال تبدل الحال، بخلاف الطلاق والعناق لأنه صار محض فلم يؤهل له . والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الإذن ، والبيع والشراء دائريين النفع والضرر فيجعل أهله بعد الإذن لا قبله . لكن قبل الإذن يكون موقوفاً منه على إجازة الولي لاحتمال وقوعه نظراً وصحة التصرف في نفسه ، وذكر الولي في الكتاب ينتظم الأب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالى ، بخلاف صاحب الشرط لأنه ليس إليه تقليد القضاة .

الولي فينفذ تصرفه كما لو أذن المولى للعبد كذا في الشروح . أقول : يرد على ظاهر هذا الجواب أن يقال : لو كان الأمر كذلك لنفذ تصرف الصبي بدون إذن الولي إذا علم هدايته في أمور التجارة بدليل من الدلائل ، غير إذن الولي لحصول العلم إذ ذلك أيضاً يزوال ذلك الغير الذي حجر الصبي بسببه وهو عدم الهداية ، مع أن المفهوم من الكتب عدم نفاذ تصرفه بغير إذن الولي أصلاً فيما هو دائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء ونحوها فتأمل (قوله وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقتين واحتمال تبدل الحال) قال صاحب العناية : وقوله وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالإذن لم يبق الولي ولياً . وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك لأمرين للنظر له ، فإن الصبا من أسباب المرحمة بالحديث : وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقتين : أى بمباشرة وليه له ، وبمباشرة نفسه ، فكان مرحلة في حقه فوجب اعتباره . ولاحتيال تبدل الحال فإن حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية إلى غيرها فأبقينا ولاية الولي ليتدارك ذلك اه كلامه . أقول : في تقريره شيء . أما أولاً فلأن قوله وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض غير مسلم ، لأن الكلام في التصرف الدائر بين النفع والضرر فإن تصرفه الذي هو نافع محض كقبول الهبة والصدقة ينفذ بغير إذن الولي أيضاً ، وتصرفه الذي هو ضار محض كالطلاق والعناق لا ينفذ بإذن الولي أيضاً ، وإنما الذي يتوقف تفاديه على إذن الولي عندنا تصرفه الدائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء فكيف يكون في اعتبار كلامه في مثل ذلك التصرف نفع محض ؟ فالوجه أن يقال بدل قوله المذكور وفي اعتبار كلامه في التصرف

لو لم يكن هادياً في أمور التجارة لما أذن له الولي فيصح تصرفه كما لو أذن للعبد المولى . وقوله (وبقاء ولايته) جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالإذن لم يبق الولي ولياً . وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك لأمرين للنظر له ، فإن الصبا من أسباب المرحمة بالحديث ، وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقتين : أى بمباشرة وليه له وبمباشرة نفسه فكان مرحلة في حقه فوجب اعتباره . ولاحتيال تبدل الحال فإن حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية إلى غيرها فأبقينا ولاية الولي ليتدارك ذلك . وقوله (بخلاف الطلاق والعناق) جواب عن قوله وصار كالطلاق والعناق . وحاصل ذلك أن تصرفات الصبي على ثلاثة أقسام : نافع محض ، وضار محض ، ومتعدد بينهما . فالأول كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الإذن وبعبء . والثاني كالطلاق والعناق لا يؤهل له أصلاً . والثالث كالبيع والشراء يؤهل له بعد الإذن لأن نقصان رأيه ينجز برأى الولي لا قبله ، لكن قبل الإذن يكون موقوفاً منه على إجازة الولي لاحتمال وقوعه نظراً فإنه أحد المحتملين ، وصحة التصرف في نفسه لصدوره من أهله في محله . فإن قيل : إذا باع شيئاً بأضعاف قيمته كان نافعا محضاً كقبول الهبة فيجب نفذه ولا توقف . وأجيب بأن المعتبر في ذلك هو الوضع لا الجزئيات الواقعة انشاقاً (وذكر الولي في الكتاب ينتظم الأب والجد عند عدمه) وليس المراد به الترتيب . لأن وصي الأب مقدم على الجد وترتيبه وليه وهو الأب ثم وصي الأب ثم الجد أب الأب ثم وصيه ثم القاضي أو وصيه ثم الوالى (بخلاف صاحب الشرط) يريد به أمير البلدة كأمر بخارى فكان الوالى أكبر منه لأن له ولاية

(قوله وتقريره أن بقاء ولايته) أقول : وعنى أنه جواب عن ثانی دليل الشافعي بمنع المنفعة بين كونه ولياً ومولياً عليه مستنداً بأن كونه مولياً عليه لاستيفاء المصلحة بطريقتين (قوله لا للعجز ليتأمل) قوله لاستيفاء المصلحة (الخ) أقول : تمثيل قوله للنظر له (قوله ولاحتيال تبدل الحال) أقول : معطوف على للنظر له .

والشرط أن يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للريح ، والتشبيه بالعبد المأذون له بفيد أن ما يثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه ، لأن الإذن فك الحجر والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبدا كان أو صبيا ، فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ، ويصير مأذونا بالسكوت كما في العبد ،

نظر له . وأما ثانيا فلأن مقتضى تقريره المزبور أن يكون قول المصنف واحتمال تبدل الحال معطوفا على قوله لنظر الصبي كما لا يخفى على الناظر في مقدمات تقريره ، وليس كذلك فإنه معطوف على قوله لاستيفاء المصلحة بطريقين ، وداخل معه في حيز قوله لنظر الصبي ، إذ لا شك أن تدارك احتمال تبدل الحال أيضا لنظر الصبي فلا وجه لجعله مقابلا له . ثم اعلم أن قول المصنف وبقاء ولايته الخ يحتمل الوجهين : أحدهما أن يكون جوابا عن قول الشافعي ولأنه مولى عليه الخ . ثانيهما أن يكون جوابا عن سؤال مقدر وهو أن يقال لو صار الصبي ولما للتصرف بإذن وليه لكان ينبغي أن لا يبقى وليه ولما في التصرف في ماله ، فصاحب النهاية ذكر كلا الوجهين ، وصاحب العناية اختار الثاني كما ترى ، وكثير من الشراح اختاروا الأول فليكن بالاختيار ثم الاختيار (قوله والتشبيه بالعبد المأذون له بفيد أن ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه) أي في حق الصبي أراد به قوله فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون ، كذا في غاية البيان وغيره . أقول : لقائل أن يقول : تشبيه الصبي بالعبد المأذون إنما يفيد ثبوت أحكام العبد عامة في حقه إن كان التشبيه على العموم ، أو على الإطلاق . وأما إذا عين ما فيه المشابهة كما وقع في الكتاب حيث قال فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون ، فإفادة المأذون التعميم ممنوعة جدا فليأتمل . وقال صاحب النهاية : فإن قلت : كيف يستقيم تعميم قوله إن ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حق الصبي المأذون مع التخلّف في بعضها وهو أن المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون إذا كان عليه دين يحيط بماله والمولى ليس بمحجور عن التصرف في مال الصبي المأذون وإن كان عليه دين يحيط بماله والرواية عن الميسر . قلت : الجواب عنه من وجهين : أحدهما أن ما ذكرته من الحجر وعلمه فهو في انحجار المولى وعدم انحجار المولى في المال ، وما ذكره في الكتاب من التعميم في تصرف العبد في ماله وتصرف الصبي في ماله فلا يرد تقضا لاختلاف التصرفين . والثاني هو ما ذكره في الميسر ، وإنما يملك الأب أو الوصي التصرف في مال الصبي سواء كان على الصبي دين أو لا ، لأن دين الحر في ذمته لا يتعلق له بماله ، بخلاف دين العبد المأذون فإنه يتعلق بكسبه ويصير للمولى من التصرف كأجنبي آخر إذا كان الدين مستغرقا مأكلا . واقتضى أثره صاحب العناية في ذكر ذلك السؤال ووجهي الجواب ولكن سلك مسلك الإجمال . أقول : الوجه الثاني لا يصلح جوابا عن السؤال المذكور ، لأن حاصل هذا الوجه بيان علة انحجار المولى عن التصرف في مال العبد المأذون إذا كان عليه دين يحيط بماله وعدم انحجار المولى عن التصرف في مال الصبي المأذون وإن كان عليه دين يحيط بماله ، وذلك لا يفيد استقامة التعليل في قول المصنف إن ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حق الصبي المأذون بل يؤيد عدم استقامته كما لا يخفى . ومدار السؤال المذكور على التعميم

تقليد القاضي دون صاحب الشرط . وقوله (والشرط أن يعقل) قد تقدم ذكره . وقوله (والتشبيه بالعبد المأذون له الخ) كذلك ، لكن يرد عليه أن التعميم ليس بمستقيم ، فإن المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون المدين بدين يحيط بماله دون المولى . وأجيب بأن ذلك من انحجار المولى وعدم انحجار المولى ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي ، وبأن دين الصبي لكونه حرا يتعلق بذمته لا بماله فجاز أن يتصرف فيه المولى ، ودين العبد يتعلق بكسبه والمولى أجنبي منه إذا كان الدين مستغرقا

(قوله الخ كذلك) أقول : يعني تقدم ذكره (قوله لكن يرد عليه) إل قوله : في مال العبد الخ) أقول : هذا ممنوع ، وقد مر من الشارع نقلا من شروح الجامع الصغير قبل ثلاثة أوراق ما يخالفه (قوله يتعلق بذمته) أقول : يعني فقط (قوله يتعلق بكسبه) أقول : يعني يتعلق بكسبه أيضا : أي كما يتعلق بذمته ، لأن ذمته ضيقة ، بخلاف الصبي الحر . ثم أقول : ولعل بخلاف الجواب الثاني منع دلالة الكلام على التعميم ، ولذا فلا تظهر صلاحية الجواب (قوله والمولى أجنبي منه الخ) أقول : هذا مسلم إذا كان مستغرقا لرقبه أيضا ، وأما إذا لم يكن كذلك ففيه كلام ، وفيه الكلام .

ويصح إقراره بما في يده من كسبه ، وكذا بموروثه في ظاهر الرواية ، كما يصح إقرار العبد ، ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذونا بإذن الأب والجد والوصي دون غيرهم على ما بيناه ، وحكمه حكم الصبي ، والله أعلم .

المستفاد من كلام المصنف لا غير . وقال بعض الفضلاء : لعل خلاصة الجواب الثاني منع دلالة الكلام على العموم . أقول : ليس هذا أيضا بسديد . أما أولا فلأن دلالة كلام المصنف وهو قوله إن ما يثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه على العموم ظاهرة لا تقبل المنع . لأن كلمة « ما » من ألفاظ العموم على ما تقرر في علم الأصول وقد تأكد بيانا بقوله من الأحكام ، فإن الجميع المعروف باللام أيضا من ألفاظ العموم والاستغراق إذا لم يكن هناك معهود كما تقرر هذا أيضا في علم الأصول . وأما ثانيا فلأنه لا دلالة في الجواب الثاني أصلا على منع دلالة كلام المصنف على العموم ولا تعرض له فيه بوجه من الوجوه ، وإنما مضمونه مجرد بيان العلة في انحصار المولى عن التصرف في مال العبد وعدم انحصار المولى عن التصرف في مال الصبي فحمل ذلك الجواب على منع دلالة الكلام على العموم بما لا يسيل إليه أصلا (قوله ويصح إقراره بما في يده من كسبه) أورد عليه بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة ، والمولى لا يملك الإقرار على مال الصبي فكيف يملكه الصبي بإذن المولى ؟ وأجيب عنه في النهاية ومراجع الدراية بأن المولى إنما لا يملك ذلك لأنه لا يتحقق منه ، لأن الإقرار قول من المرء على نفسه ، وما يثبت على الغير بقوله فهو شهادة ، وإقرار المولى على الصغير قول على الغير فيكون شهادة وشهادة الفرد لا تكون حجة . وأما قول الصبي بعد الإذن فهو إقرار منه على نفسه وهو من صنيع التجار وما لا يتم التجارة إلا به لأن الناس إذا علموا أن إقراره لا يصح يتحذرون عن معاملته ، فإن من يعامله لا يتمكن من أن يشهد عليه شاهدين فلهذا جاز إقراره اه . أقول : هذا الجواب لا يدفع السؤال المذكور لأن حاصله بيان لجهة عدم صحة إقرار المولى على الصبي وصحة إقرار الصبي بنفسه على مال نفسه ، وهذا بما لا يؤثر كما ترى في انقطاع الإيراد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة ، وهاتان لم تتحقق الولاية القائمة فكيف تتحقق الولاية المتعدية ؟ وكان صاحب العناية تنبه لما في الجواب للزبور حيث لم يذكره بل قال بدله . والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابيع التجارة والمولى يملك الإذن بالتجارة وتوابيعها اه . أقول : هذا الجواب أيضا غير مستقيم لأنه إن أراد أن المولى يملك الإذن بالتجارة وتوابيعها فيملك أيضا نفس التجارة وتوابيعها التي من جعلها إقراره على مال الصبي فممنوع ، إذ لا شك أن إقرار المولى على مال الصبي ليس من توابيع التجارة بل ليس مما يصح أصلا فأن يملكه المولى . وإن أراد أن المولى يملك الإذن بالتجارة وتوابيعها التي من

(ويصح إقراره بعد الإذن بما هو كسبه) عينا كان أودبنا لوليه ولغيره لانفكاك الحجر عنه فكان كالبالغين . وأورد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة ، والمولى لا يملك الإقرار على مال الصبي فكيف أفاده ذلك بإذنه ؟ والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابيع التجارة ، والمولى يملك الإذن بالتجارة وتوابيعها (وكذا بموروثه في ظاهر الرواية) استأثر عن رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه لا يجوز إقراره بذلك ، لأن صحة إقراره في كسبه لحاجته في التجارة إلى ذلك فلا يمنع الناس عن معاملته في التجارة وهي معلومة في الموروث ، وجه الظاهر أن الحجر لما انفك عنه بالإذن التحق بالبالغين ، ولهذا نفى أبو حنيفة بعد الإذن تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغين فكان الموروث والمكتسب في صحة الإقرار سواء لكونهما مالية (ولا يملك تزويج عبده) بالاتفاق ، وفي تزويج أمته خلاف أبي يوسف (ولا كتابته) وإن كان المولى والوصي يملكانها لأن الإذن يتناول ما كان من صنيع التجار والكتابة ليست منه (والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء) بالمعنى المذكور (بمنزلة الصبي) يصير مأذونا بإذن الأب والجد والوصي دون غيرهم) من الأقارب كالابن للمعتوه والأخ والعم دون القاضى فإن له ولاية على المعتوه (على ما بيناه) يعنى قوله وذكر المولى في الكتاب ينظم الأب والجد الخ (وحكمه حكم الصبي) إذا بلغ مشوها ، فأما إذا بلغ عاقلا ثم عته فأذن له الأب في التجارة قال أبو بكر البلخي رحمه الله : لا يصح قياسا ، وهو قول أبي يوسف ، ويصح استحسانا وهو قول محمد وحماد الله ، والله أعلم .

(كتاب النصب)

النصب في اللغة : أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه .

جعلها إقرار الصبي على مال نفسه ، وإن لم يملك نفس الإقرار عليه فسلم ، ولكن لا يجدي هذا شيئا في دفع السؤال المذكور لأن اللازم منه أن يملك الولي الإذن للصبي بالإقرار ولا كلام فيه ، وإنما الكلام في أن يملك الصبي الإقرار على نفسه بإذن الولي ولاية متعدي من الولي إلى الصبي ، والولاية المتعدي فرع الولاية القائمة والولي لا يملك نفس الإقرار على الصبي بالإجماع فلم تكن له ولاية قائمة في حق نفس الإقرار على الصبي فكيف تتعدى منه الولاية إلى الصبي في حق ذلك . ولا يخفى أن حديث أن يملك الولي الإذن بالتجارة وتوابعها في أثناء الجواب عن هذا الإشكال يصير لغوا من الكلام . ثم أقول : لعل الصواب في الجواب منع كون ولاية الصبي ولاية متعدي ، إذ قد قرر فيها مر أن الصبي يتصرف بأهليته والصبا ليس سبب الحجر لذاته بل لعدم هدايته ، وإذن الولي إنما يكون دليلا على زوال ذلك المانع كما كان البلوغ دليلا عليه لأنه يكتسب الولاية من إذنه ، إلا أن الصبا لما كان من أسباب المرحمة بالحديث لم يؤهل للصبي أصلا لما هو ضارٌ بغيره وأهل لما هو نفع محض قبل الإذن وبعده ، وأهل لما هو دائر بين النفع والضرر بعد الإذن فقط ، والإقرار لما كان من توابع التجارة دار بين النفع والضرر ، إذ من لا يقبل إقراره يحترز الناس عن معاملته فيضرب به فأهل الصبي له بعد الإذن وكانت ولايته عليه ذاتية لا متعدي من الولي ، فتبصر فإن هذا توجيه حسن وجواب شاف تنصم به مادة الإشكال بالكلية .

(كتاب النصب)

إيراد النصب بعد الإذن في التجارة لوجهين : أحدهما أن النصب من أنواع التجارة مالا حتى أن إقرار المأذون لما صح بدين التجارة دون غيرها صح بدين النصب ، ولم يصح بدين المهر لكون الأول من التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد

(كتاب النصب)

إيراد النصب بعد الإذن في التجارة لوجهين : أحدهما أن النصب من أنواع التجارة مالا حتى أن إقرار المأذون لما صح بدين التجارة دون غيرها صح بدين النصب ولم يصح بدين المهر لكون الأول من التجارة دون الثاني ، فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسباً . والثاني أن المنصوب مادام قائماً بعينه في يد الناصب لا يكون الناصب مالكا لرقبته ، فصار كالعبد المأذون فإنه غير مالك لرقبة ما في يده من أموال التجارة وإن كان يتصرف فيه تصرف المالك ، فذكر أحد المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة ، إلا أنه قدم الإذن في التجارة لأنه مشروع من كل وجه ، والنصب ليس بمشروع . والنصب في اللغة :

(كتاب النصب)

(قوله إيراد النصب . إل قوله : مالا الخ) أقول : ويجوز أن يقال : نفذا تصرف الناصب يكون بالإذن كنفاد تصرف المأذون ، إلا أن في النصب بالإذن الإلحاق وقى المأذون بالإذن السابق فيكون بينهما منافية : أو يقال ذكره بعده لما بينهما من المقابلة ، فإن العبد المأذون يتصرف في مال الغير بإذنه ، والناصب يتصرف فيه لا بإذنه (قوله فكان ذكر النوع الخ) أقول : فيه بحث (قوله إلا أنه قدم الإذن الخ) أقول : هذا لا يحتاج إليه بهما بين وجه تأخر المأذون من المهر

وفي الشريعة : أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده .

ذكر الجنس مناسباً . والثاني أن المغصوب مادام قائماً بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فإنه غير مالك لرقبة ماني يده من أموال التجارة وإن كان يتصرف فيه تصرف المالك ، فذكر أحد المتجانسين متصلاً بالآخر من المناسبة إلا أنه قدم الإذن في التجارة لأنه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع ، كذا في النهاية والعناية . أقول : في الوجه الأول بحث من وجهين : أحدهما أن كون الغصب من أنواع التجارة مآلاً لا إنما يفيد المناسبة بين الغصب وبين جنس التجارة لا بين الغصب وبين الإذن في التجارة ، لأن الإذن نفسه ليس من جنس التجارة قط بل هو فك الحجر وإسقاط الحق عندنا على ما مرّ في صدر كتاب المأذون ، والمذكور في كتاب المأذون مسائل نفس الإذن لأمساك جنس التجارة فلا يتم التقريب . والثاني أن مناسبة ذكر النوع بعد ذكر الجنس متحققة في سائر أنواع التجارة أيضاً فينتقص ذلك الوجه بها طرداً . ويمكن أن يجاب عن كل منهما بنوع عناية : أما عن الأول فبأن يقال : إن الإذن نفسه وإن لم يكن من جنس التجارة إلا أنه متعلق بجنس التجارة وخصوصه فكان للغصب مناسبة للإذن نفسه أيضاً بواسطة تعلقه بجنس التجارة . وأما عن الثاني فبأن يدعى عدم لزوم الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن . ويقال : إن هاتيك الوجوه مصححات لمرجحات البينة فلا ضمير في تحقيقها في غير ما سقت له أيضاً . ثم إن الأظهر في وجه المناسبة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال : وجه المناسبة بين الكائنين عندى أن المأذون يتصرف في الشيء مبالاً للإذن الشرعي والغاصب يتصرف لا بإذن شرعي فكان بينهما مناسبة المقابلة ، إلا أنه قدم كتاب المأذون لأنه مشروع والغصب ليس بمشروع اهـ . واعلم أن محاسن الغصب من حيث الأحكام لا من حيث الإقدام كما في الجنائيات والدينيات ، فإن المقصود من بيان كتاب الغصب هو بيان حكمه المرتب عليه ، لأنه ليس في الغصب شيء من الإباحة فضلاً عن الحسن والطاعة بل هو عدوان محض وظلم صرف ، كذا في النهاية وغيرها (قوله وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده) أقول : لا بد من أن يزداد على هذا التعريف قيدان : أحدهما قيد أو يقصر يده بأن يقال على وجه يزيل يده أو يقصر يده لئلا يخرج على تعريف الغصب في الشرع ما أحله الغاصب من يد غير المالك ، كما إذا أخذه من يد المستأجر أو من يد المرتهن أو من يد المودع فإن الغاصب في هذه الصور وإن لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه في يده وقت الغصب وإزالة اليد فرع تحقيقها إلا أنه قصر يده عن ماله في هاتيك الصور أيضاً . وعن هذا قال في المحيط البرهاني : الغصب شرعاً أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يد المالك إن كان في يده ، أو يقصر يده إن لم يكن في يده اهـ وهكذا قال في الكافي أيضاً . وثانيهما قيد على سبيل المجاهرة كما وقع في البدائع لئلا يدخل في تعريف الغصب شريعة السرقة ، فإن الامتياز بين السرقة والغصب في الشرع إنما يكون بأن كان الغصب

أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين أهل اللغة سواء كان متقوماً أو غيره ، يقال غصب فلان وخر فلان . وفي الشريعة : أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده ، قوله أخذ مال يشمل المملوك وغيره . وقوله متقوم احتراز عن الخمر . وقوله محترم احتراز عن مال الحر في فإنه غير محترم . وقوله على وجه يزيل يده : أي يد المالك لبيان أن إزالة يد المالك لا بد منها في الغصب عندنا . وعند الشافعي رحمه الله هو إثبات يد العدوان عليه . وثمرة الخلاف تظهر في زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان فإنها ليست بمضمومة عندنا لعدم إزالة اليد ، وعنده مضمومة لإثبات اليد ،

(قوله وفي الشريعة أخذ مال ، إلى قوله : في زوائد للمغصوب بالفتح) أقول : قال الإمام الزليقي : حتى لا يضمن الغاصب زوائد المغصوب إذا هلكت بغير تعد لعدم إزالة يد المالك ولا ما صار مع المغصوب بغير صنته ، كما إذا غصب دابة وتبعها أخرى أو ولد لها لا يضمن البائع لعدم الصنع فيه ، وكذا لو سبب المالك عن مواشيه حتى ضلعت لا يضمن لما ذكرنا ولعدم اليد المبطلة انتهى . لكن ذكر في فتاوى قاضيخان مسألة تختلف هذا الأصل ، فإنه قال : لو غصب عجولاً فسلبك حتى يمس لبن أمه قال أبو بكر التلجي : يضمن قيمة العجول ونقصان الأم ولم يقل في الأم شيء .

على سبيل الجهار والسرقة على سبيل الخفية والاستمرار مع الاشتراك بينهما في جميع ما ذكر لتعريف الغصب شرعية في الكتاب . ثم اعلم أن صدر الشريعة قد تنبه لزوم زيادة القيد الثاني على هذا التعريف حيث قال في شرح الوقاية : ثم لا بد أن يزداد على هذا التعريف لأعلى سبيل الخفية لتخرج السرقة اه . ورد عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال : فإن قلت : أليس يصدق الحد المذكور على السرقة ؟ قلت : نعم ، إلا أن في السرقة خصوصية بها كانت من جهة أسباب الحد فدخل مسائلها باعتبار تلك الخصوصية في الحدود ، وذلك لا ينافي دخولها باعتبار أصلها في الغصب كالشراء من الفضولي فإنه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية بها صارت من مسائلها ، ومن ذهب عليه هذه الدقيقة تصدّى لإخراجها على الحد المذكور بزيادة قوله لأعلى سبيل الخفية ، ولم يدر أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه خلل من وجوه : الأول أن السرقة بخصوصيتها التي كانت من جهة أسباب الحد داخلته في التعريف المذكور ، إذ لا منع لشيء من خصوصيتها عن صدق التعريف المذكور عليها كما لا ينبغي على ذي فطنة ، وإنما تكون خصوصيتها مانعة عن صدق تعريف الغصب عليها لو زيد على التعريف المذكور قيد على سبيل الجاهرة أولاً على سبيل الخفية ، فإن من خصوصيتها أن تكون على سبيل الخفية كما تقرّر في كتابها ، ولا شك أن قيد على سبيل الجاهرة أو لأعلى سبيل الخفية ينافي الصدق على ما كان على سبيل الخفية ، فإذا كانت السرقة بخصوصيتها التي كانت من جهة أسباب الحد داخلته في التعريف المذكور لم يكن ذلك التعريف صالحاً لأن يكون حداً للغصب في الشرع ، وإلا لزم أن تكون السرقة بخصوصيتها غصباً شريعياً ، وليس كذلك لأعماله القطع بتخالف حكمي السرقة والغصب في الشرع فلغا قوله وذلك لا ينافي دخولها باعتبار أصلها بالغصب كما لا ينبغي . والثاني أن قوله كالشراء من الفضولي فإنه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع ليس بسديد لأن مجرد الشراء من الفضولي ليس بغصب قطعاً ، وإنما الذي يصير غصباً أخذ المشتري من يد الفضولي بغير إذن المالك ، وهو ليس ببيع جزماً وليس بمذكور في كتاب البيوع أصلاً ، وإنما المذكور فيه نفس الشراء من الفضولي فلا صحة في التمثيل ولا في التعليل . والثالث أن قوله كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية في قوله ولم يدر أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية ليس بصحيح ، لأن ما كان غير محرز كيف يتصور أخذه على سبيل الخفية ، فإن عدم الإحراز ينافي الاختفاء ، وعن هذا قال صاحب المداية في فصل الحرز والأخذ منه من كتاب السرقة : الحرز لا بد منه لأن الاستمرار لا يتحقق بدونه اه . ثم إن صاحب الإصلاح والإيضاح غير التعريف المذكور بوجه آخر حيث قال بدل قولهم بغير إذن المالك : بلا إذن من له الإذن . وقال في شرحه : وإنما لم يقل بلا إذن ماله لأن كون المأخوذ ملكاً ليس بشرط لوجوب الضمان ، فإن الموقوف مضمون بالإتلاف وليس بمملوك أصلاً صرح به في البدائع اه . أقول : وفيه أيضاً خلل ، لأن الوقف في الشرع عند أبي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصديق بالمشقة بمنزلة العارية ، وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف إلى الله تعالى على وجه تعود منفعة إلى العباد ، وهذا كله مما تقرّر في أول كتاب الوقف فعلى كلا القولين يكون الموقوف مملوكاً فكيف يتم قوله إن الموقوف ليس بمملوك أصلاً ، ولئن سلم تمام ذلك فكون الموقوف مضموناً لا يقتضي كونه مغصوباً غصباً شريعياً ، فإن وجوب الضمان ليس بمحكم مخصوص بالغصب الشرعي . بل يتحقق ذلك في غيره أيضاً بنوع من التصدي والجنابة ، ألا يرى أن زوائد المغصوب كوكله المغصوبة ، وثمرة البستان المغصوب ليست بمغصوبة عندنا شرعاً لعدم تحقق إزالة ملك المالك عنها بناء على أن يد المالك كانت ثابتة عليها حتى يزولها الغاصب ، بل هي أمانة في يد الغاصب إن هلكت لا يضمنها عندنا كما صرحوا به قاطبة وسيجيء في الكتاب ، مع

واستخدام العبد وحل الدابة غصب بالاتفاق ، والجلبوس على البساط ليس بغصب عندنا لأن البسط فعل المالك فلا يكون الغاصب من يلا يده مع بقاء أثر فعله . ثم إن كان الغصب مع العلم بأنه ملك المغصوب منه فيحكمه المأثم والمغرم ، وإن كان

حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ، ثم إن كان مع العلم فحكه المائم والمغرم ، وإن كان بدون فالفهم لأنه حتى العبد فلا يتوقف على قصده ولا إثم لأن الخطأ موضوع . قال (ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله) وفي بعض النسخ : فعليه ضمان مثله ، ولا تفاوت بينهما ، وهذا لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى - فن اعتدى عليكم فاعتلوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم -

أنه إذا تعدى فيها يجب عليه الضمان بالاتفاق على ما صرحوا به قاطبة أيضا وسيجيء في الكتاب ، وكذا إذا قتل رجل عبد رجل خطأ في يد مالكه يجب عليه ضمان قيمة العبد بلا خلاف مع أن ذلك ليس بغصب في الشرع عند أحد . وبالجملة فرق بين ضمان الغصب وضمان الإتلاف كما نصوا عليه ، فن أين ثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعي في إتلاف الموقوف حتى يرد به النقص على ما ذكره ثقات المشايخ في تعريف الغصب فيحتاج إلى تغييره (قوله حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط) لأنه بالاستخدام والحمل أثبت يد التصرف عليه . ومن ضروراته إزالة يد المالك عنه فتحقق الغصب . بخلاف الجلوس على البساط لأن البسط فعل المالك وقد بقي أثر فعله في الاستعمال وما بقي أثر فعله تبقى يده . فلم يوجد إزالة يد المالك فلم يتحقق الغصب ، كما قالوا . قال ابن العز : وفي كلام المصنف هاهنا موازنة لفظية . وهي في قوله وحمل الدابة : يعني والحمل عليها وحقه أن يقول وتحميل الدابة ، لأن حل لا يتعدى بنفسه إلى اثنين وإنما يتعدى بنفسه إلى واحد وإلى آخر يعرف الجهر ، تقول حملت المتاع على الدابة فيصعب إضافة المصدر منه إلى المتاع لا إلى الدابة فتقول : حل المتاع ولا تقول حل الدابة ، إلا أن يضعف الفعل فيتعدى إلى اثنين بنفسه فتقول : حملت الدابة المتاع ، فيجوز تصح إضافة مصدره إلى الدابة فتقول تحمل الدابة ، لأن التحميل مصدر حل المضعف لتعدية أه كلامه . أقول : هذا الذي ذكره ظاهر ، وكان صاحب الكافي عن هذا غير عبارة المصنف هاهنا فقال : حتى كان استخدام عبد الغير والحمل على دابة الغير غصبا ، ولكن يمكن توجيه كلام المصنف هاهنا بما وجه به الفاضل الشريف في شرح المتاع قول العلامة الكاكي افتخارا بمواظبتها حيث قال : والأصل أن يقال بالمواظبة عليها : أي على العادة ، إلا أنه نزع الخافض وعدى المصدر بالإيصال أه . وقصد به الجواب عن قول المحقق التفتازاني هناك ، وفي تعدية المواظبة بنفسها نظر ، والصواب بالمواظبة عليها أه تأمل (قوله ثم إن كان مع العلم فحكه المائم والمغرم ، وإن كان بدون فالفهم) أقول : هذا إنما يتم فيما إذا هلك المصنوب في يد الناصب ، وأما إذا كان قائما في يده فحكه رد العين كما سيأتي في الكتاب ، وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه الخاص بصورة الهلاك ، اللهم إلا أن يبنى كلامه هنا على ما قيل إن الموجب الأصلي للغصب مطلقا هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء ذكره ، ولكنه قول ضعيف جدا على ما يدل عليه تقرير المصنف فيما بعد وصرحوا به في الشروح ثم ، فكيف يليق بمثل المصنف بناء

بدرنه فالفهم لأنه حتى العبد فلا يتوقف على قصده ولا إثم لأن الخطأ موضوع . قال (ومن غصب شيئا له مثل الخ) المصنوب إما أن يكون قائما في يد الناصب أولا والأول سيجيء . والثاني إما أن يكون له مثل : أي يكون بما يضمن بمثله من جنسه أولا ، فإن كان الأول فعليه مثله . وفي بعض نسخ القنوري : فعليه ضمان مثله ، ولا تفاوت بينهما لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى - فن اعتدى عليكم فاعتلوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - والمثل إذا أطلق ينصرف إلى ما هو مثل صورة ومعنى ، ولأن المثل صورة ومعنى أعدل لما فيه من مراعاة الجنسية والمالية ، لأن الخنطة مثلا مثل الخنطة جنسا ، ومالية الخنطة المودة مثل مالية الخنطة المصنوبة ، لأن الجلود ساقطة العيرة في الربويات فكان أدفع للضرر ، فإن الناصب فوت على المصنوب منه الصورة والمعنى ، فالجهر التام أن يتداركه بما هو مثل له صورة ومعنى ، فإن انقطع عن أيدي الناس فلم يقدر على مثله الكامل فعليه .

(قوله والثاني إما أن يكون له مثل : أي يكون بما يضمن بمثله) أقول : فيه بحث لإفصاحه إلى الضرر (قوله لأن الجودة ساقطة العيرة في الربويات) أقول : وفي لطائف الإشارات ضمن الجيدة بمثله لابعده رعاية للمساواة .

ولأن المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أدفع للضرر . قال (فإن لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يخلصون) وهذا (عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : يوم الغصب . وقال محمد : يوم الانقطاع) لأبي يوسف أنه لما انقطع الحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب إذ هو الموجب . ولمحمد أن الواجب المثل في الزمة .

كلامه على ذلك (قوله ولأن المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية) قال في النهاية والعناية : لأن الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ، ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المنصوبة ، لأن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية اهـ . أقول : الظاهر أن المقصود من التعرض هاهنا لبيان كون الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية دفع ورود سؤال على أن يكون في إيجاب المثل مراعاة المالية بظهور وتحقيق الاختلاف بين ذوات الأمتال بالجودة والرذاعة ، ولكن اندفاعه بذلك غير واضح عندى ، لأنه إن أريد بكون الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية أنه لا تفاوت بين جيدها ورديتها في المالية فهو ممنوع ، إذ التفاضل في القيمة بينهما في المتعارف ظاهر جدا . وإن أريد بذلك أنه لا عبرة بالتفاوت بين الأموال الربوية في وصف الجودة والرذاعة عند أهل الشرع لقول النبي صلى الله عليه وسلم « جيدها ورديتها سواء » فهو مسلم لا كلام فيه ، لكن لا يدفع به السؤال المتجه على قول المصنف هاهنا لما فيه من مراعاة الجنس والمالية بأن مراعاة المالية في إيجاب المثل غير مسلم لتحقيق الاختلاف بين ذوات الأمتال بالجودة والرذاعة وذلك يقتضى التفاوت بينهما في المالية ، بل لا يمتنع على ذي فطرة سليمة أن عدم الاعتبار لتفاوت الأموال الربوية في وصف الجودة والرذاعة عند أهل الشرع يؤيد ورود ذلك السؤال هاهنا ، إذ لو كان عندهم اعتبار لتفاوتها في ذلك لما تصور التفاوت في المالية عند مراعاة التساوى في الوصف أيضا تأمل تصف (قوله لأبي يوسف أنه لما انقطع الحق بما لا مثل له فتعتبر قيمة يوم انعقاد السبب إذ هو الموجب) قال صاحب النهاية : فإن قلت : لم قدم قول أبي يوسف في التعليل ولم يوسطه كما هو حقه ؟ قلت : يمتثل أن يكون ذلك لوجهين : أحدهما أن يكون المختار قوله لقوة دليله إذ فيه إثبات الحكم بحسب ثبوت الموجب ، لأن المنصوب دخل في ضمان الغاصب من وقت الغصب فيجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب . والثاني لإثبات الأقوال الثلاثة بحسب ترتيب الزمان على تلك الأقوال ، فإن أول الأوقات من هذه الأقوال الثلاثة يوم الغصب ، ثم يوم الانقطاع ، ثم يوم الخصومة . فإيراد الأقوال على ترتيب هذه الأزمنة لم يأت إلا بتقديم قول أبي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول أبي حنيفة ورحمهم الله . وقد ذكر الوجه الثاني فقط بطريق الإجمال في معراج الدراية أيضا ، وكذا ذكر ذلك الوجه فقط في العناية أيضا ولكن بطريق النقل بقليل . أقول : كل واحد من هذين الوجهين منظور فيه . أما الوجه الأول فلأن ما ذكر فيه لا يلائم على قوة دليل أبي يوسف ، لأن المنصوب المثل إنما دخل في ضمان الغاصب وقت الغصب بضمين المثل ، ثم انتقل إلى ضمان القيمة بالانقطاع كما أفصح عنه المصنف في ذكر دليل محمد . فنأين يجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب دون وقت الانقطاع حتى يلزم قوة دليله ، ولو سلم قوة دليله فهي

قيمه يوم الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : يوم الغصب . وقال محمد رحمه الله : يوم الانقطاع . لأبي يوسف أنه لما انقطع الحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب إذ هو الموجب (ولمحمد الخ) كلامه فيه واضح . قيل إنما قدم قول أبي يوسف لتثبت الأقوال بحسب ترتيب الزمان على تلك الأقوال ، فإن أول الأوقات يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة ، وإيراد الأقوال على هذه الأزمنة لم يأت إلا بتقديم قول أبي يوسف وإن كان الثاني فضليه قيمته

(قال المصنف : وقال أبو يوسف : يوم الغصب) أقول : وفي شرح الوقاية لصدر الشريعة : ملغى أبي يوسف أعدل لأنه لم يبق فيه من نوعه في يوم الخصومة ، والقيمة تتجر بكثرة الرغبات وقتها ، وفي المعلوم هذا متضرر أو معسر ، ويوم الانقطاع لا ضبط له . وأيضا لم ينتقل إلى القيمة في هذا اليوم إذا لم يوجد من المالك طلب . وأيضا عند وجود المثل لم ينتقل ، وعنه عليه لاقية له النبي . ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال : وسد الانقطاع ما ذكره أبو بكر الطنطسي هو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت وحل هذا انقطاع للدوام انتهى .

وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع . ولأبي حنيفة أن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ، ولهاذا لو صبر إلى أن يوجد جنسه له . ذلك . وإنما ينتقل بقضاء القاضي فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء . بخلاف ما لا مثل له لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك . قال (وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غضبه) معناه العدديات المتفاوتة ،

تقتضى تأخير دليله إذ من عادة المصنف المستمرة أن يؤخر القوى عند ذكر الأدلة على الأقوال المختلفة ليقع المؤخر بمنزلة الجواب عن المقدمة . وإن كان يقدم القوى في الأكثر عند نقل أصل الأقوال ، وهذا مما لا سيرة به عند من له قدم راسخ في معرفة أساليب كلام المصنف . وأما الوجه الثاني فلأن إثبات تلك الأقوال بحسب الترتيب الرمائي مما لا يتعلق به نظر فقهي أصلا . فتعتبر المصنف أسلوبه المقرر بمجرد ذلك الأمر الوهمي مما لا يناسب بشأنه الرقيع . فالوجه عندي أن المصنف جرى ها هنا أيضا على عادته المقررة من تأخير الأقوى فالأقوى عند ذكر الأدلة على الأقوال المختلفة ليحصل الجواب من المتأخر للمقدم كما حصل ها هنا أيضا ذلك على ما يشهد به التأمل الصادق . قال صدر الشريعة في شرح الوفاية : أقول قول أبي يوسف أعدل ، لأنه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة ، والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقلتها ، وفي المعلوم هذا معتذر أو متعسر . ويوم الانقطاع لا مضطرب له . وأيضا لم ينتقل إلى القيمة في هذا اليوم إذا لم يوجد من المالك طلب . وأيضا عند وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له . إلى هنا كلامه . وقال بعض الفضلاء بعد نقل كلام صدر الشريعة : ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال : وحد الانقطاع ما ذكره أبو بكر الثلجي ، وهو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت ، وعلى هذا انقطاع الدرهم اهـ . وقد سبق في هذا الجواب صاحب الإصلاح والإيضاح . أقول : ويمكن رد هذا الجواب بأن يجوز أن يكون مراد صدر الشريعة بالمعلوم ما هو معلوم في السوق الذي يباع فيه لا بالمعلوم في الخارج مطلقا ، وكأنه لهذا قال : وفي المعلوم هذا معتذر أو متعسر : يعني أنه بعد ما عدم في السوق الذي يباع فيه إن لم يوجد في البيوت أيضا يعتذر التقوم ، وإن وجد فيها يتعسر التقوم لأن معيار تقوم المقيمين هو السوق الذي يباع فيه الأشياء ، وفي غير ذلك لا يتيسر التقوم العادل ، وكلما مراده بعدم بقاء شيء في قوله لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة عدم بقاءه في السوق الذي يباع فيه ، فحل هذا لا يمكن . الجواب عنه بما ذكره أبو بكر الثلجي في حد الانقطاع كما لا يخفى (قوله بخلاف ما لا مثل له لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول : فيه إشكال ، لأن هذا لا يمت على ما سيجيء عن قريب من أن الموجب الأصل في الغصب على ما قالوا هو رد العين ، وإنما رد القيمة غلص خلفا ، إذ المطالب بأصل السبب حينئذ فيما لا مثل له أيضا إنما هو رد العين لأنه الواجب الأصل مطلقا ، وإنما ينتقل إلى القيمة بهلاك العين فينبغي أن تعتبر قيمته وقت هلاك عينه لا وقت وجود أصل السبب وهو الغصب ، ألا يرى أن الواجب بعد هلاك العين فيما له مثل هو المثل في الذمة ، وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع عند محمد فتعتبر قيمة وقت الانقطاع عنده ، وبقضاء القاضي عند أبي حنيفة فتعتبر قيمته وقت الخصومة والقضاء عنده ولا تعتبر قيمته وقت وجود أصل السبب عند أحد منهما . وبالجملة الفرق بين ما لا مثل له وبين ماله مثل على قول أبي حنيفة ومحمد بأن القيمة تعتبر في الأول عند وجود أصل السبب ، وفي الثاني عند الانتقال إلى القيمة غير واضح على ما قالوا : إن الموجب الأصل في الغصب مطلقا هو رد العين ، وإنما رد القيمة غلص خلفا كما سيجيء . وأما على ما قيل :

يوم غضبه . قال المصنف رحمه الله (معناه) أي معنى قوله لا مثل له (العدديات المتفاوتة) وتحقيقه أن معناه الشيء المأذون لا يضمن بمثله من جنسه ، لأن الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى ، وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والطياب ، وإنما وجب قيمته

(قال المصنف : لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول : فيه بحث ، فإنه مطالب بالعين إذا كانت تامة على القول الأقوى (قوله لأن الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى) أقول : إذ الأجسام بمثابة لتجاسد الجواهر الفردة والمجردات غير ثابتة (قوله وذلك كالعدديات الخ) أقول : أشار بقوله ذلك إلى الشيء في قوله أن معناه الشيء الذي الخ .

لأنه لما تعدل مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الإمكان . أما العددي المتقارب فهو كالمكمل حتى يجب مثله لقلة التفاوت . وفي البر المخلوط بالشعر القيمة لأنه لا مثل له . قال (وعلى الغاصب رد العين المتصوية) معناه ما دام

أن الموجب الأصلي هو القيمة ورد العين مخلص كما سيحى أيضا فلا يتم دليل أبي حنيفة ولا دليل محمد رأسا ، إذ في كل منهما تصريح بأن الموجب الأصلي في الغصب غير القيمة ، وإنما ينتقل إليها بأمر عارض ، فالقيام لا يخلو عن الإشكال على كل حال (قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه ، معناه العدديات المتفاوتة) يعني معنى قول القدورى في غنصره ما لا مثل له العدديات المتفاوتة . قال صاحب العناية أخذنا من النهاية : وتحقيقه أن معناه الشيء الذى لا يضمن بمثله من جنسه ، لأن الذى لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى ، وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والطياب اه . أقول : هذا الذى عده تحقيقا ما لا طائل نحته ، بل لا حاصل له لأنه إن أراد بالشيء الذى لا يضمن بمثله من جنسه ما لا يكون له مثل من جنسه ولا يضمن بمثله من جنسه فينايه تعطيله بقوله لأن الذى لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى ، لأن ما لا يكون له مثل من جنسه لا يكون له مثل من غير جنسه أيضا بالأولوية فلا يكون له مثل أصلا . وقد قال في التعليل : إن الذى لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى فكيف بتصور أن يكون ذلك معنى قوله ما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه ، وإن أراد بذلك ماله مثل من جنسه ، ولكن لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته كما هو الظاهر من تعطيله ، فعلى تقدير أن يكون هذا معنى قول القدورى ما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يلزم الاختلال في وضع المسئلة ، إذ يصير حينئذ معنى المسئلة وما لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته فعليه قيمته . أى يضمن بقيمته فيشبه جواب المسئلة بلغو من الكلام لكونه معلوما بصنبر المسئلة . وبالجملة تفسير ما لا مثل له في هذه المسئلة بما لا يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية والنهاية ، وكذا تفسير ماله مثل في المسئلة الأولى بما يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية بما لا تقبله فطرة سليمة لاستلزام اعتبار جواب المسئلة في صدر المسئلة فيكون معنى قولهم في المسئلة الأولى أيضا ومن غصب شيئا له مثل فهلك في يده فعليه ضمان مثله ، ولا يخفى ما فيه من الاستدراك واللاخية . فالحق عندى أن المراد بما لا مثل في المسئلة الأولى ماله مثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذى ينصرف إليه المثل عند الإطلاق ، وبما لا مثل له في هذه المسئلة ما لا مثل له في صورة ومعنى ، وإن كان له مثل معنى فقط وهو القيمة التى هى المثل القاصر . وقد أفصح عن نوحى المثل في الكافى حيث قال من قبل : إن المثل نوعان : كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الأصل في ضمان العدوان حتى صار بمنزلة الأصل ، وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة ، والقاصر لا يكون مشروعا مع أحتمال الأصل لأنه خلف عن المثل الكامل اه . فيصير معنى هذه المسئلة : وما لا يكون له مثل كامل فعليه مثله القاصر وهو القيمة فينظم المقام بلا كلفة . قال في الكافى بعد ذكر مستثنى هذه : وقال مالك : يضمن مثله صورة من جنس ذلك لما تلونا . ولنا ما روى عن شرح : « من كسر عصا فهى له وعليه قيمتها » وهو المراد بالمثل المذكور في النص اه . أقول : يرد عليه أنه لو كانت القيمة هى المراد بالمثل المذكور في النص وهو قوله تعالى - فن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان المثل صورة ومعنى على من غصب شيئا له مثل كالمكمل والموزون . فهلك في يده ، وقد مر الاستدلال به على ذلك في المسئلة الأولى ، وهو الذى أشار إليه في الكافى وغيره بقوله لما تلونا فتدبر (قوله أما العددي المتقارب فهو كالمكمل) قال في النهاية : وإنما اقتصر على المكمل ولم يقل كالمكمل والموزون ، لأن من الموزونات ما ليس بمثل وهو الموزون الذى في تبعضه ضرر كالمصوغ من المعتم والطشت اه . أقول : لقائل أن يقول : لو كان اقتصاره على المكمل لذلك الشيء الذى ذكره لاقتصر عليه فيما مر أيضا حيث قال : ومن غصب شيئا له مثل كالمكمل والموزون فهلك في يده فعليه مثله

(لتعد مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الإمكان ، أما العددي المتقارب) كالجوز والبيض (فهو كالمكمل حتى يجب مثله لقلة التفاوت) قيل : وإنما اقتصر على المكمل ولم يقل والموزون لأن من

(٤١ - تكملة فتح القدير ج ١ - ٩)

فإنما لقوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترد » وقال عليه الصلاة والسلام « لا يخل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا » ، فإن أخذ فليرده عليه « ولأن اليد حق مقصود وقد قوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه ، وهو الموجب الأصلي على ما قالوا ، ورد القيمة مخلص خلقا لأنه قاصر ، إذ الكمال في رد العين والمالية . وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ، ويظهر ذلك في بعض الأحكام ،

وليس فليس . وأورد عليه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال بعد نقل ما في التباية بقبيل : وليس بواضح لأن من المكمل ما هو كذلك كالبرء المخلوط بالشعر فإنه لا مثل له فيه القيمة اه . أقول : يمكن أن يتأخر عنه بأن الظاهر أن مراد المصنف بالمكمل

الموزونات ما ليس بمثل . وهو الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من المصنوع والطشت وليس بواضح لأن من المكمل ما ليس كذلك كالبرء المخلوط بالشعر فإنه لا مثل له فيه القيمة ، وإن كان الأول فعلى الغالب رد العين ، ولعمري إن تقديم هذا القسم كان أنسب فتأمل (لقوله صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى ترد ») أى على صاحب اليد عين ما أخذت يلحقني ترد (وقال صلى الله عليه وسلم « لا يخل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا » ، فإن أخذ فليرده عليه) (وهو واضح . ورواية الفائق والمصباح بدون حرف العطف وحرف النفي ، ومناه : أن لا يريد بأخذه مسرقته ولكن إدخال الغنط على أخيه . فهو لاعب في مذهب السرقه جاد في إدخال الأذى عليه ، أو قاصد للعب وهو يريد أنه يبدل في ذلك لينظفه (ولأن اليد حق مقصود) بديل جواز إذن العبد في التجارة فإنه لا حكم لشرائه في حقه سوى التصرف باليد . لاسيما إذا كان مديونا فإنه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى في التصرف ، فعلم أن اليد حق مقصود (وقد قوتها عليه فيجب) عليه إعادتها بالرد إليه وهو الموجب (أى رد العين هو الموجب (الأصلي على ما قالوا ، ورد القيمة مخلص خلقا لأنه قاصر ، إذ الكمال في رد العين والمالية . وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الأحكام) فيها ما إذا أبرأ الغائب عن الضمان حال قيام العين فإنه يرى حتى لو ملك بعد ذلك لاضمان عليه ، ولو لم يكن وجوب القيمة على الغائب في الحال ثابتا لما صح الإبراء لأن الإبراء عن العين لا يصح . ومنها صحة الكفالة مع أن الكفالة لا تصح بالعين . ومنها وجوب الزكاة فإن الغائب إذا كان له نصاب في ملكه وقد خصب شيئا وهو قائم في يده لا يجب عليه الزكاة إذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المنصوب . قيل : والصحيح هو الأول لأن الموجب الأصلي لو كان القيمة لجاز للغائب أن يمنع من رد العين إذا قدر على القيمة ، لأن المصير إلى الخلف إنما يكون عند عدم القدرة على الأصل ، وليس كذلك . والجواب عن مسئلة الإبراء إنما هو بضرورة أن يوجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك ، فكان الإبراء صحيحا من ذلك الوجه ، وقد قررنا ذلك في التفسير والأنوار ، وعن مسئلة الكفالة أن الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها صحيحة ، والمقصوب منها وقد تقدم في الكفالة ، وعن مسئلة الزكاة بما ذكرنا في مسئلة الإبراء

(قوله قيل وإنما انتقص ، إلى قوله : والطشت) أقول : إلا أن بينهما فرقا ، فإن البرء والشعر مختلفان من الأصل ، بخلاف القسم والطشت للمصنوع من أصل واحد كالنحاس ، فإن اختلافيهما ليس إلا لاختلاف الصفة (قوله ولعمري إن تقدم هذا البرء) أقول : وإنما قدم المصنف ما تقدمه اهتماما لكثرة الخلاف فيها يتعلق به وكون الكتاب من الخلافات فتأمل (قوله كان أنسب) أقول : لأنه موجب (قال المصنف : ويظهر ذلك في بعض الأحكام) أقول : منها لو أبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح ، متى لو ملك يده لا يجب الضمان ، ولولا أن الواجب الأصل القيمة لما صح ذلك . ومنها لو كفل بالمصنوع يصح ، ولو لم يكن الضمان واجبا لكان كفالة بالعين وهذا لا يصح . ومنها أنه لا يجب الزكاة على الغائب في نصاب يد الغائب إذا انتقص ذلك النصاب بمقابلة وجوب قيمة المنصوب حال قيام المنصوب ، كما ذكره في التباية . والجواب إنما هو بضرورة أن يوجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك (قوله لأنه قاصر الخ) أقول : يعني لأن رد القيمة قاصر (قوله إذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المنصوب) أقول : كما إذا انتقص بالعين (قوله قيل والصحيح) أقول : القائل هو الائتناف (قوله لأن المصير إلى الخلف إنما يكون عند عدم القدرة على الأصل وليس كذلك) أقول : رده العلامة التزيلي وقال : كونه لا يصار إليه مع القدرة على رد العين لا يدل على أنه ليس بأصل كالنظر مع الجملة ، فإن الظاهر هو الأصل والجملة خلف عنه ، ولا يصار إليه إلا عند العجز عن إقامتها ، إلى متا عبرته . وقل أن تقول : ثبت ذلك على خلاف القياس بالنظر فيقتصر على مورد (قوله وعن مسئلة الكفالة أن الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها صحيحة) أقول : وأنت غير بأنه يجوز أن يحتاج من هذه المسئلة بما أجييب به عن مسئلة الإبراء

(والواجب الرد في المكان الذي غصبه) لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن (فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها ثم قضى عليه ببطلان) لأن الواجب رد العين والهلاك بعارض، فهو يدعى أمرا عارضا بخلاف الظاهر فلا يقبل قوله ، كما إذا ادعى الإفلاس وعليه ثمن متاع فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه ، فإذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة . قال (والغصب فيما ينقل ويحول) لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لأن إزالة اليد بالنقل (وإذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمه) وهذا

في قوله أما العدى المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلّة التفاوت هو المكيل من جنس واحد بقربة قوله بعده وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له ، وبقرينة شهرة اعتبار الجنس مع المكيل في تحقق المائلة في الكيل كما تقرّر في باب الربا من البيوع (قوله والغصب فيما ينقل ويحول) أي الغصب يتقرّر فيما ينقل ويحول بدليل قوله لأن الغصب بحقيقته ويتحقق فيه ، كذا في معراج الدراية . ثم إن المقصود بيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لا بيان مجرد تحققه في المنقول ، إذ لا اختلاف فيه ولا اشتباه . وإنما الخلاف والاشتباه في عدم تحققه في غير المنقول فهو المقصود الأصلي بالبيان هاهنا فالقصر معتبر في التركيب المذكور : أعني قوله والغصب فيما ينقل ويحول كما أشار إليه تاج الشريعة حيث قال في تفسير ذلك : أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره . وأشار إليه صاحب العناية أيضا حيث قال في تفسير ذلك : أي تحقق الغصب في المنقول نفسه حيث قال في تعليل ذلك : لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره . قلت : بَيّ الكلام في أن أداة القصر في التركيب المذكور ماذا فعلها هي تعريف المسند إليه بلام الجنس ، فإنه يفيد قصر المسند إليه على المسند كما صرحوا به في علم الأدب ، ومثله ينحو التركل على الله والكرم في العرب والإمام من قریش . (قوله لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لأن إزالة اليد بالنقل) أقول : لقائل أن يقول : هذا القدر من الدليل بدون التفصيل الآتي في دليل عدم الضمان في غصب العقار لا يفيد المدعى هاهنا كما لا يخفى على من أحاط بحقيقة المقام خيرا ، ويذكر التفصيل الآتي هناك يستغنى عن ذكر الدليل هاهنا . فالأحسن أن يكتفى بما سيأتي في تعليل جواب مسألة غصب العقار المنزعة على الأصل المذكور هاهنا كما اكتفى ببيان الخلاف هناك عن بيانه هاهنا ، فإن الخلاف المذكور هناك متحقق هاهنا أيضا لا محالة (قوله وإذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمه)

ثم الواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن، فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها) ومقدار ذلك مقوّض إلى رأى الحاكم ، وهذا إذا لم يرض المالك بالتضام بالقيمة ، فإن رضى أو حبسه الحاكم مدة ولم يظهرها (قضى عليه ببطلان) بما اتفقا عليه من القيمة أو أقام للمالك بيّنة على ما يدعيه من القيمة (لأن الواجب رد العين والهلاك بعارض ، فالغاصب يدعى أمرا عارضا بخلاف الظاهر فلا يقبل قوله) وكلامه ظاهر . فإن قيل : ذكر في للخبرة في السير أن الغاصب إذا عيب المصنوع والقاضي يقضي عليه بالقيمة من غير تلوم فما وجهه ؟ قيل : في المسئلة وروايتان ، وقيل المذكور في الخبرة جواب الجواز : والمذكور في الكتاب جواب الأفضل . قال (والغصب فيما ينقل ويحول الخ) الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار وهو كل ما له أصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد، وقيل التحويل هو النقل من مكان والإثبات في مكان آخر كما في حوالة الباذنجان، والنقل يستعمل بدون الإثبات في مكان آخر (لأن الغصب بحقيقته) حوالة (يتحقق في المنقول دون غيره ، لأن إزالة اليد بالنقل) ولا نقل في العقار والغصب بدون الإزالة لا يتحقق (فإذا غصب عقارا فهلك في يده يغير صمته لم يضمه)

(قوله وقيل المذكور في الخبرة جواب الجواز) أقول : يعني لو قضى بلا تلوم يجوز (قوله والمذكور في الكتاب جواب الأنضل) أقول : يعني الأفضل هو التلوم (قال المصنف : والغصب فيما ينقل ويحول) أقول : والغصب مبتدأ ، وقوله فيما ينقل خبره (قوله لأن الغصب بحقيقته الخ) أقول : لتلويل اتوجه الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار . قال المصنف (وإذا غصب عقارا)

عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : يضمته ، وهو قول أبي يوسف الأول ، وبه قال الشافعي لتحقيق إثبات اليد ، ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع الدين على عمل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمقنول وجود الوديعة .

أقول : كان اللاتق بالمصنف أن يذكر الفاء بدل الواو في قوله وإذا غصب عقارا الخ لأن هذه المسئلة متفرعة على ماسبق من الأصل فينبغي أن يظهر علامة التفرع في اللفظ كما وقع في سائر الكتب ، فذكرت كلمة الفاء في عاينها وكلمة حتى في المحيط حيث قال فيه : وشرطه عند أبي حنيفة كون المأخوذ متفولا ، وهو قول أبي يوسف الآخر ، حتى أن غصب العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الآخر لا ينقد موجبا للضمان اهـ . والعجب أن كلمة الفاء كانت مذكورة في مختصر القنورى فيدلها المصنف بالواو في البداية والهداية . ثم أقول : المراد بالغصب في قوله وإذا غصب عقارا هو الغصب اللغوي دون الغصب الشرعي ، فلا يتجه أن يقال : قد تقرر فيما مر أن حكم الغصب مطلقا عند هلاك العين المغصوبة في يد الغاصب هو الضمان فكيف يصح الحكم هاهنا بعدم الضمان في غصب العقار وهلاكه في يد الغاصب . لأن الضمان إنما هو حكم الغصب الشرعي دون اللغوي ، والمحقق هاهنا هو الثاني دون الأول فلا منافاة . قال بعض الفضلاء : إطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة اهـ . أقول : فيه أن المصير إلى المجاز إنما هو عند تعذر الحقيقة : وهنا الحقيقة اللغوية متمسرة فلا يصار إلى المجاز ، اللهم إلا أن يريد بالمجاز المجاز بالنظر إلى الوضع الشرعي دون المجاز المطلق فلا ينافي كونه حقيقة بالنظر إلى الوضع اللغوي ، ولكن حق الأداء ما قدمناه كما لا يخفى . وقال صاحب غاية البيان : وقد اختلفت عبارات المشايخ في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف ، فقال بعضهم : يتحقق فيها الغصب ولكن لأجل وجه يوجب الضمان ، وإليه مال القنورى في قوله وإذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمته عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأنه أثبت الغصب ونفى الضمان . وقال بعضهم : لا يتحقق أصلا ، وإليه مال أكثر المشايخ اهـ كلامه . أقول : فيه نظر ، لأنه إن أراد أن بعضهم قال يتحقق الغصب الشرعي على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فلا نسلم ذلك . إذ لم يقل أحد إن الغصب الشرعي يتحقق عندهما فيها ، كيف ولو قاله لما صح منه أن يقول لأجل وجه يوجب الضمان ، فإن وجوب الضمان عند هلاك المغصوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند أحد ، وإنما المراد بالغصب في عبارة من أثبت الغصب ونفى الضمان هو الغصب اللغوي دون الشرعي كما بيناه ، وإن أراد أن بعضهم قال يتحقق فيها الغصب اللغوي ولا يوجب الضمان ، وبعضهم قال لا يتحقق فيها الغصب اللغوي أيضا فلا نسلم أن أحدا قال إن الغصب اللغوي لا يتحقق فيها ، لأن الغصب اللغوي على ما مر في صدر الكتاب أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب ، ولا شك في تحقق هذا المعنى في العقار إذ لم يعتبر فيه إزالة يد المالك أصلا فضلا عن إزالة

عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : يضمته ، وهو قول أبي يوسف الأول والشافعي رحمهما الله لتحقيق إثبات اليد) بالسكنى ووضع الأمتعة وغير ذلك (ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع الدين) من جنس واحد (على عمل واحد في حالة واحدة) وإنما قيل من جنس واحد احترازاً عما إذا أجرة داره من رجل فلأنها في يد المستأجر حقيقة وفي يد الأجير حكماً لكنها يدان مختلفتان (فيتحقق الوصفان) يعني إزالة يد المالك وإثبات يد الغاصب (وهو الغصب) أي تحقق الوصفين هو الغصب (على ما بيناه فصار كالمقنول) في تحقق الوصفين (وجود الوديعة في العقار) فإنه إذا كان وديعة في يد شخص فجعله كان ضماناً بالاتفاق ، فالقول بالضمان في هذه الصورة ، وقد ثبت أن وجود الوديعة غصب مع عدم القول به في غير صورة الجحود تناقض ظاهر ، وكان التكلف بإثبات إزالة اليد من

أقول : إطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة . قال المصنف لتحقيق إثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك (أقول : هو لتبليغ نول محمد لا لتبليغ قول الشافعي فإن عنده يتحقق الغصب بإثبات اليد بدون إزالة يد المالك كما في شرح السكاكي . وقال الأكل وكأن التكلف بإثبات اليد الباطلة كما تقدم .

ولهذا أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل في العين . وهذا لا يتصور في العقار لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها ، وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي . وفي المنقول : النقل فعل فيه وهو الغصب . ومسئلة الجحود ممنوعة ، ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك . قال (وما نقصه منه بفعله أو سكتاه ضمنه في قولهم جميعا) لأنه إلتلاف والعقار يضمن به كما إذا نقل ترابه لأنه فعل في العين ويدخل فيها قاله إذا انتهكت الدار بسكتاه وعمله ، فلو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر بذلك والمشتري ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب

يده بفعل في العين كما هو المانع عن تحقق الأصل الشرعي عندهما في العقار على ماسترعه فلا يصدر عن له أدنى تمييز إنكار تحقق الغصب اللغوي في العقار فضلا عن مثل مشايخنا هؤلاء الأجلة (قوله ولهما أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار) قال صاحب العناية في حل هذا المجل : ولأن حنيفة وأبي يوسف أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك : أي بسبب ذلك ، وهذا أي هذا المجموع . لا يتصور في العقار لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه ، أي بإخراج المالك عنها : أي عن العقار بمعنى الضيقة أو الدار ، وهو أي الإخراج فعل في المالك لا في العقار فأنقذ إزالة اليد والكل يقتضي بانتفاء جزئه هـ . أقول : في تقريره قصور . أما أولا فلا أنه جعل البناء في قول المصنف بإزالة يد المالك للسيبة ، وليس بواضح إذ على تقدير تحقق السبيبة بين إثبات يد الغاصب وبين إزالة يد المالك كان السبب هو إثبات يد الغاصب دون إزالة يد المالك لكون الأول وجوديا وأصلا صادرا من الغاصب . والثاني أمرا علميا متزعا على الأول . وأيضا لو كان البناء المزبورة للسيبة كان معنى كلام المصنف : ولهما أن الغصب إثبات اليد الماسب عن إزالة يد المالك بفعل في العين فلا يفهم منه كون الغصب عندهما مجموع إثبات اليد العادية وإزالة يد المالك بفعل في العين

جانب الشافعي للإلزام لأنه يكتفي في الغصب بإثبات اليد الباطلة كما تقدم (ولأن حنيفة وأبي يوسف أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك) أي بسبب ذلك (وهذا) أي هذا المجموع (لا يتصور في العقار ، لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه) أي بإخراج المالك (عنها) أي عن العقار بمعنى الضيقة أو الدار (وهو) أي الإخراج (فعل في المالك لا في العقار) فأنقذ إزالة اليد والكل يقتضي بانتفاء جزئه (فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي) حتى تلتفت ، فإن ذلك لا يكون غصبا لها (وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ، ومسئلة الجحود ممنوعة) ذكر في الخلافات أن الودعة لو كانت عقارا لا يضمن وإن جحد . وذكر في المبسوط : والأصح أن يقال جحود الودعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم بالجحود تارك لذلك) قال (وما نقصه منه بفعله أو سكتاه ضمنه) وما نقصه الغاصب من العقار بفعله أو سكتاه ضمنه في قولهم جميعا . أما على قول محمد والشافعي رحمهما الله فظاهر . وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلا أنه إلتلاف ، والعقار يضمن به كما إذا نقل ترابه ، لأنه فعل في العين . قال المصنف رحمه الله (ويدخل فيها قاله) يعني القدوري (إذا انتهكت الدار بسكتاه وعمله) بأن كان عمله الحدادة أو القنصارة فهي جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضمونا عليه ، وإنما قيد بذلك لأنه إذا انتهكت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسكتاه وعمله بل بآفة سبأوية فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف (فلو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر بالغصب ولا بينة لصاحب الدار) على أنها ملكه (فهو على الاختلاف في الغصب) لا يضمن البائع للمالك شيئا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، لأن البيع والتسليم

(قال المصنف : ولهما أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل في العين) أقول : ليت شمرى بأي دليل ثبت كون إزالة يد المالك بفعل في العين ومثبت ، بل مفهوم إزالة اليد تحققة بإخراج المالك أظهر ، ويجوز أن يقال : الواجب ضمان المخل ، فإذا لم يكن له فعل في المخل بل في ملكه لا يثبت ضمان المخل (قال المصنف : وهذا لا يتصور في العقار) أقول : لعدم أن يقول : إنما يضمن فيه لانتفاء إثبات اليد فأنقل (قوله أي بسبب ذلك) أقول : فيه تأمل ، فإن السبيبة غير ظاهرة ، بل الظاهر أنها للإلصاق أو المصاحبة .

هو الصحيح قال (وإذا انتقص بالزراعة يغرّم التقصان) لأنه أتلف البعض فيأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل . قال (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لا يتصدق بالفضل) وسنذكر الوجه من الجانبين . قال (وإذا هلك الثقل في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه)

كما هو المقصود . فالوجه أن يكون الباء ثمة للمصاحبة فيكون المعنى : ولهما أن الغصب إثبات اليد مع إزالة يد المالك بفعل في العين فحينئذ ينتظم المعنى ويحصل المقصود . وأما ثانيا فلأن المتبادر من قوله فانتفى إزالة اليد بدون التقيد أن لا يتحقق إزالة اليد أصلا في غصب العقار عندهما . وليس كذلك إذ قد مر في تعليل قول محمد إن من ضرورة إثبات اليد زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة . وفي تعليل قولهما هاهنا لم يتعرض لنفي تلك المقدمة . وليست بقابلة للنفي والمنع لتقررهما وبإدماها فلا جرم كانت مسلمة عندهما أيضا فكيف يتم تقرير دليلهما بوجه يشعر بانتفاء إزالة اليد أصلا في غصب العقار . فالأولى في تقرير دليلهما وحل كلام المصنف هاهنا أن يقال : ولهما أن الغصب إثبات اليد العادية مع إزالة يد المالك بفعل في العين لأمر إزالة يد المالك مطلقا : أي سواء كانت بفعل في العين أو بفعل في المالك . وما كان من ضرورة إثبات اليد إنما هو زوال يد المالك مطلقا لازوما بوجه خاص ، وهو أن يكون بفعل في العين . وهذا يعني مجموع ما اعتبر في حقيقة الغصب من إزالة اليد العادية مع إزالة يد المالك بفعل في العين لا يتصور في العقار . لأن يد المالك في العقار لا تزل إلا بإخراج المالك منها : أي عن العين المضمومة . وهو أي ذلك الإخراج فصل في المالك لا في العقار فلم يوجد فيه إزالة يد المالك بفعل في العين فلم يتحقق فيه حقيقة الغصب فلم يلزم الضمان عند هلاكه في يد الآخذ ، وبهذا التقرير يثبت مدعى الإمام الأعظم والإمام الثاني . ويخرج الجواب عما ذكر في دليل إمامنا الثالث والثاسفي كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة . واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل حيث قال : ليت شرعى بأى دليل ثبت كون إزالة يد المالك بفعل في العين ومضى ثبت ، بل مفهوم إزالة اليد تحققة في إخراج المالك أظهر اه . أقول : قد ثبت ذلك بدليل ذكره صاحب البدائع حيث قال : وأما أبو حنيفة وأبو يوسف فمرا على أصلهما أن الغصب إزالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ولم يوجد في العقار ، والدليل على أن هذا شرط لتحقيق الغصب الاستدلال بضمان الغصب ، فإن أخذ الضمان من الغاصب تقويت يده عنه بفعل في الضمان فيستدعى وجود مثله منه في المضموم ليكون اعتداء بالمثل ، إلى هنا كلامه فتأمل . ثم أورد ذلك البعض على قول المصنف في تعليل قولهما وهذا لا يتصور

غصب وهو لا يتحقق موجبا لضمان في الغصب عندهما خلافا لمحمد رحمه الله . وقيد بقوله ولا يثبت له لأن إقرار البائع بالغصب في حق المشتري باطل ، فإذا لم يكن للمالك يثبت تحقيق الغصب . وأما إذا كان له يثبت أمكنه أن يقيمه على أن الدار ملكه ويأخذها من المشتري فلا يضمن البائع بالاتفاق . وقوله (هو الصحيح) يحتمل أن يكون احترازا عن قول بعضهم بأن في مسألة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق . فإن قيل : إذا شهدا بدار لإنسان وقضى له بها ثم رجعا ضمننا قيمتها المشهود عليه بالاتفاق وإتلافهما كإتلاف البائع بالبيع والتسليم ولا ضمان فيه عندهما . أجيب بأن مسألة الشهادة على قول محمد وعلى تقدير أن يكون قول الجميع ، فالفرق بين المستثنين أن الإتلاف في مسألة الشهادة حصل بشهادتهما ، حتى لو أقام البيعة على الملك لنفسه لا تقبل بيئته والعقار يضمن بالإتلاف . وأما في مسئلتنا فإن الإتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم . بل بعجز المالك عن إثبات ملكه بيئته ، ألا ترى أنه لو أقام البيعة على أنها ملكه قضى له بها فلهذا لا يكون البائع ضامنا (وإن نقصت بالزراعة يغرّم التقصان . ويعرف التقصان بأن ينظر بكم تستأجر هذه الأرض قبل استعمالها وبكم تستأجر بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصانها ، وهذا قول نصير بن يحيى وكلامه واضح . قال (وإذا هلك الثقل في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه ، وذكر اختلاف النسخ وبين

(قوله فإذا لم يكن للمالك يثبت تحقيق الغصب) أقول : فيه بحث (قوله لو أقام البيعة) أقول : يمتنى المالك (قوله على الملك لنفسه) أقول : يمتنى بهد الشهادة والنقصان .

وفي أكثر نسخ المختصر: وإذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل، وهذا لأن العين دخلت في ضمانه بالغصب السابق إذ هو السبب، وعند العجز عن رده يجب رد القيمة أو يقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب (وإن نقص في يده ضمن النقصان) لأنه يدخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب، فما تعلق رد عينه يجب رد قيمته،

في المقار بأن قال: للخصم أن يقول: إنما لم يضمن فيه لانتهاء إثبات اليد فتأمل اهـ. أقول: ليس هذا بشيء، إذ ليس في الخصوم من ينكر تحقق إثبات اليد فيه، ولا من يقول بعدم الضمان فيه كما عرفت آتفا فكيف يتصور أن يقول الخصم إنما لم يضمن فيه لانتهاء إثبات اليد (قوله وفي أكثر نسخ المختصر: وإذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل) أقول: لقائل أن يقول: إن أراد أن الغصب الشرعي فيما ينقل فهو مسلم، ولكن لا يعلم به كون المنقول هو المراد بالغصب المذكور هاهنا في أكثر نسخ المختصر لجواز أن يكون المراد بذلك الغصب اللغوي وهو يعم المنقول وغيره؛ ألا يرى أنه ذكر الغصب فيما مر في قوله وإذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وأراد به معناه اللغوي لا محالة، وإن أراد أن الغصب مطلقا فيما ينقل فهو ممنوع جدا. ويمكن أن يجاب عنه بأن المراد هو الأول، ولا يرد جواز أن يكون المراد بالغصب المذكور هاهنا في أكثر نسخ المختصر الغصب اللغوي دون الشرعي لأن المعنى اللغوي في المقولات الشرعية معنى مجازي بالنظر إلى وضع أهل الشرع على ما عرف في علم الأصول، بل في علم البيان أيضا، فلا بد في إرادة المعنى اللغوي بالمقولات الشرعية في تخاطب أهل الشرع من قرينة وهاهنا القرينة مستفية فوجب الحمل على المعنى الشرعي، بخلاف قوله فيما مر وإذا غصب عقارا، فإن قوله قبيل ذلك والغصب فيما ينقل ويعول قرينة على أن يكون المراد بالغصب في قوله غصب عقارا معناه اللغوي دون الشرعي تدبر (قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب) أقول: فيه شيء، وهو أن الظاهر أن مسئلتنا هذه تتم المثل وغير المثل من المقولات لعموم الحكم المذكور في جوابها كلاهما، مع أن قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب لا يتمشى في صورة المثل على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، إذ قد تقرر فيما مر أن المتبر في هاتيك الصورة عند أبي حنيفة قيمته يوم الخصومة، وعند محمد قيمته يوم الانقطاع فلم يتم التقريب لكون المسئلة اضافية (قوله وإن نقص في يده ضمن النقصان لأنه يدخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب، فما تعلق رد عينه يجب رد قيمته) أقول: في هذا التحليل قصور، إذ قد صرح في عامة الشروح بأن مسئلتنا هذه تتم ما كان النقصان في بدن المخصوص مثل أن كان جارية فاعورت أو ناهدة للتدبيرين فأنكسر ثديها، وما كان في غير بدنه مثل أن كان عبدا عتقا ففسى الحرفة. ولا يخفى أن التحليل المذكور لا يتمشى في الصورة الثانية، لأن النقصان

المراد واستبدل بقوله (لأن العين دخلت في ضمانه بالغصب السابق إذ هو السبب، وعند العجز عن رده تجب القيمة) يعني على رأي من يرى أن الموجب الأصلي في الغصب رد العين وود القيمة مخلص خلفا (أو تقرر) أي القيمة (بذلك السبب) يعني على رأي من يرى أن الأصل هو القيمة وود العين خلف عنه، فإن هلك العين تقرر القيمة عليه كما كانت واجبة عند الغصب (ولهذا) أي ولكون الغصب السابق هو السبب (تعتبر قيمته يوم الغصب) ولا فصل في ذلك بين ما يكون الملاك بفعله أو بفعل غيره (وإن نقص) المخصوص (في يد الغاصب) ولم ينجر نقصانه بوجه آخر (ضمن النقصان) سواء كان النقصان في بدنه مثل أن كان جارية فاعورت، أو ناهدة للتدبيرين فأنكسر ثديها، أو في غير بدنه مثل أن كان عبدا عتقا ففسى الحرفة (لأنه دخل في ضمانه بجميع أجزائه بالغصب) وقد فلت منه جزء (ف) تعلق رد عينه و (ما تعلق رد عينه يجب رد قيمته) وأما إذا انجر نقصانه مثل أن ولدت للمقصوبة عند الغاصب فردها وفي قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيئا عندنا خلافا لغير رحم الله، فإن كان النقصان يرجع السعر فلا يتلو إما أن يكون الرد في مكان النقص أولًا، فإن كان فيه فلا ضمان عليه لأن تراجع السعر يفتور الرغبات لا بقوات جزء، وإن لم يكن فيه يغير المالك بين أخذ القيمة والانتظار إلى

بإخلاف تراجع السعر إذا رد في مكان الغصب لأنه عبارة عن فتور الرغبات دون قوت الجزء ، وبإخلاف المبيع لأنه ضمان عقد . أما الغصب قبض والأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف . قال رضي الله عنه : ومراده غير الربوى ، أما في الربويات لا يمكنه تضمين التقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا . قال (ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الخلة فعليه التقصان) لما بينا (ويتصلق بالخلعة) قال رضي الله عنه وهذا عندهما أيضا .

فيا من حيث الأوصاف دون الأجزاء . فأقول في التعليل أن يقال : لأنه يدخل جميع أجزائه وأوصافه في ضمانه بالغصب فله أوفى بالصورتين مما أوفى لقوله الآتي : وبإخلاف المبيع لأنه ضمان عقد ، أما الغصب قبض ، والأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف تأمل تحق (قوله ومراده غير الربوى ، أما في الربويات لا يمكنه تضمين التقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا) يعني أن مراد القدورى بقوله وإن نقص في يده ضمن التقصان غير الربوى ، وأما في الربويات : أى في الأموال الربوية التى لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا فلا يمكن للمالك تضمين التقصان في الوصف مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا ، هذا فخرى كلامه . أقول : لقائل أن يقول : عدم إمكان ذلك مسلم في إذا كان نقصان الربويات في الأوصاف كما إذا غصب حنطة فتفتت في يده ، إذ لا اعتبار للفاوت في الوصف عندنا في الأموال الربوية فيؤدي تضمين التقصان في الوصف مع استرداد الأصل إلى الربا لامحالة ، وأما في إذا كان نقصانها في الأجزاء كما إذا غصب كيليا أو وزنا فتلف بعض أجزائه فنقص قدره كيلا أو وزنا فيمكن لصاحب المال تضمين التقصان مع استرداد الباقي من الأصل بلا تأد إلى الربا أصلا كما لا يخفى ، فإ معنى تخصيص مراد القدورى بغير الربوى والقول بعدم إمكان تضمين التقصان مع استرداد الأصل في الربويات مطلقا فتأمل . وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام : قال المصنف : ومراده أى مراد القدورى بقوله وإن نقص في يده ضمن التقصان غير الربوى ، أما في الربويات كما إذا غصب حنطة فتفتت عنده أو إناء فضة فانتهش في يده فلا يمكنه تضمين التقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا ، لكن صاحبه بالخيار إن شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره ، وإن شاء تركه وضمته مثله ، إلى هنا كلامه . أقول : تقرير صاحب العناية هاهنا وإن كان مطابقا لما ذكر في الكافي وما ذكر في النهاية نقلا عن الإيضاح إلا أنه منظور فيه عتدى . أما أولا فلا نية قد صرح في شروح الهداية فيا مرقى العناية نفسها

الذهاب إلى ذلك المكان فيسترده ، لأن التقصان حصل من قبل الناصب بنقله إلى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة ، وله أن ينتظر ، فقوله (بإخلاف تراجع السعر) متعلق بقوله فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته (وبإخلاف المبيع) معطوف على قوله بإخلاف ، يعنى إذا نقص شيء من قيمة المبيع في يد البائع بفوات وصف منه قبل أن يقبضه المشتري لا يضمن البائع شيئا لنقصانه حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب نقصان الوصف وإن فحش التقصان ، كما لو اشترى بائة مثلا فاعورت في يد البائع ففوات تساوى خمسين كان المشتري مخيرا بين إمضاء البيع وفسخه ، فلو اختار البيع وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط لأنه ضمان عقد والأوصاف لا تضمن به (أما الغصب قبض والأوصاف تضمن بالفعل) وهو القبض ، وهذا لأن العقد يرد على الأعيان لا على الأوصاف ، والغصب فعل يحل الذات بجميع أجزائها وصفاتها فكانت مضمومة . قال المصنف رحمه الله (ومراده) أى مراد القدورى رحمه الله بقوله وإن نقص في يده ضمن التقصان (غير الربوى ، أما في الربويات) كما إذا غصب حنطة فتفتت عنده أو إناء فضة فانتهش في يده فلا يمكنه تضمين التقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا) لكن صاحبه بالخيار ، إن شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره ، وإن شاء تركه وضمته مثله . قال (ومن غصب عبدا فاستغله) أى ومن غصب عبدا فأجره وقبض الأجرة فصار مهزولا في العمل فعليه التقصان لما بينا أنه دخل جميع

(قوله لأن التقصان حصل من قبل الناصب بنقله إلى هذا المكان ، فكان له أن يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة) أقول : التفسير في نقله راجع إلى الناصب ، والتفسير في راجع إلى المالك المقدم ذكره ، والتفسير في مطالبه راجع إلى الناصب (قال المصنف : قال رضي الله عنه وهذا عندهما أيضا) أقول : الظاهر تقديم أيضا على قوله عندهما .

وعنده لا يتصدق بالغة ، وعلى هذا الخلاف إذا أجر المستعير المستعار . لأن يوسف أنه حصل في ضيانه وملكه . أما الضيانه فظاهر ، وكلذا الملك لأن المضمونات تملك بأداء الضيانه مستندنا عندنا . ولها أنه حصل بسبب خيبت وهو التصرف في ملك الغير ، وما هذا حاله فسيقله التصديق ، إذ القرع يحصل على وصف الأصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخيبت (فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمته له أن يستعين بالغة في أداء الضيانه) لأن الخيبت لأجل الملك ، ولهذا لو أدى إليه يباح له التناول فيزول الخيبت بالأداء إليه ، بخلاف ما إذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه

وفي سائر المعترات أيضا بأن الوزني الذي في تبغيضه مضرة كالصوغ من القمقم والطست ليس بمثل بل هو من ذوات القيم ، ولا شك أن إناؤه فضة من ذلك القليل فكيف يتم تمثيل الربويات هاهنا بإناء فضة انتهشم في يده . وأما ثانياً فلا أنه كيف يصح قوله وإن شاء تركه وضمته مثله ، وتضمين المثل إنما يتصور في المثليات دون ذوات القيم التي منها إناؤه فضة على مقتضى ما صرحوا به كما مر آنفاً ، فعمل الحق في حكم غضب إناؤه فضة إذا نقص في يده ما نقله صاحب الغاية عن مختصر الشيخ أبي الحسن الكرخي من أن صاحبه بالخيار إن شاء أخذه بعينه ولا شيء له غير ذلك ، وإن شاء ضمته قيمته من الذهب ، وعجابه الكرخي هكذا : وإن كان الإناء فضة فهو بالخيار ، إن شاء أخذه بعينه ولا شيء له غير ذلك ، وإن شاء ضمته قيمته من الذهب ، وكذلك إن كان الإناء من ذهب فهو بالخيار ، إن شاء أخذه بعينه ، وإن شاء أخذ قيمته من الفضة انتهت . ونقل صاحب النهاية مثل ذلك عن الميسوط بطريق التفصيل ، غير أن الواقع فيه قلب فضة ببلد إناؤه فضة حيث قال . وفي الميسوط : وإن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغاً عندنا ، وعند الشافعي يضمن قيمته من جنسه بناء على أصله أن الجودة والرداءة والصنعة في الأموال الربوية قيمة ، وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها ، فلو أوجينا مثل قيمتها من جنسها أدى إلى الربا ، أو لو أوجينا مثل وزنها كان فيه إبطال حق المصسوب منه عن الجودة والصنعة ، فلمراعاة حقه والتحرز عن الربا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغاً اهـ (قوله لأن يوسف أنه حصل في ضيانه وملكه . أما الضيانه فظاهر ، وكلذا الملك لأن المضمونات تملك بأداء الضيانه مستندنا عندنا) أقول : فيه نوع تأمل ، لأن الذي حصل في ضيانه وملكه إنما هو البعض الثالث من المصسوب دون

أجزائه في ضيانه والغصب ، فما تعلو رد عينه يجب رد قيمته ونقصان وصفه مما تعلو فيه الرد فوجب رد قيمة النقصان ، ويتصدق بالغة عند أبي حنيفة ومحمد ورحمهما الله . وعند أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق بها . وعلى هذا إذا أجر المستعير المستعار والمودع الدومية . لأن يوسف رحمه الله أنه حصل في ضيانه وملكه . أما الضيانه فظاهر لأن المصسوب دخل في ضيانه الغاصب ، وأما الملك فلا أنه يملكه من وقت الغصب مستنداً إذا ضمن ولها القول بالموجب : أي سلمنا أنه حصل في ملكه وضيانه لكنه بسبب خيبت وهو التصرف في ملك الغير ، وما هو كذلك فسيقله التصديق ، إذ القرع يحصل على وصف الأصل ، أصله حديث الشاة المصلية وهو معروف ، فإن قيل : التصرف في ملكه مستنداً فأن يكون الخيبت ؟ أجاب بقوله (والملك المستند ناقص) يعني لكونه ثابتاً فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الثالث (فلا ينعدم به الخيبت ، فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمته له أن يستعين بالغة في أداء الضيانه ، لأن الخيبت لأجل الملك ، ولهذا لو سلم الغلة مع العبد إلى المالك يباح له التناول فيزول الخيبت بالأداء إليه بخلاف ما إذا باع الغاصب العبد فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه المشتري فإن الغاصب

(قوله لكنه بسبب خيبت) أقول : أي لكنه حصل أولكن الحصول (قوله وأصله حديث الشاة المصلية) أقول : سيجي الحديث بتفصيله في الدرس الآتي (قال المصنف : والملك ناقص) أقول : حيث لم يملك العبد كله ، بل ما نفعت الفلقة إذا لم يضمن غيره . نعم لا عموم لهذا الوجه على هذا المعنى لما إذا ضمن قيمة العبد كله . وفي أكثر النسخ : والملك للمستند ناقص فلا مجال للجلل على هذا الاحتمال إلا بمجمل اللام عهدية (قوله أجاب بقوله) والملك المستند ناقص : يعني لكونه ثابتاً فيه من وجه دون وجه ، ولهذا يظهر في حق القائم دون الثالث . أقول : المفسود وهو ما نفعت الفلقة وهو فاقته غير قائم فقل ، فإنه إذا غصب جارية ووطئها ضمن قيمتها لم يظهر الملك في حق حل الوطء التي فاته (قال المصنف : فيزول الخيبت بالأداء إليه) أقول : زوال الخيبت بالنسبة إلى المالك لتناوله مال نفعه لا يوجب جواز الاستعانة

ليس له أن يستعين بالغة في أداء الثمن إليه لأن الخبث ما كان لحق المشتري إلا إذا كان لا يجد غيره لأنه محتاج إليه، وله أن يصرفه إلى حاجة نفسه. فلو أصاب مالا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال، وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا. قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالألفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فإنه يتصدق بجميع الربح: وهذا عندهما) خلافا لأبي يوسف، وقد مرّت الدلائل وجوابهما في الوديعة أظهر لأنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هنا ظاهر فيها تعيين بالإشارة. أما فيها لا يتعين كالثنتين

مجموع المصنوب. لأن الكلام فيها إذا نقصت الغلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الأصل، والظاهر أن الغلة: أي الأجرة بمقابلة منافع مجموع العبد المصنوب المستقل بالمقابلة منفعة وصفه الفاتق فقط. فواجه القول بأن لا يتصدق بشيء من الغلة أصلا فنذكر (قوله فلو أصاب مالا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال، وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا) فسر جمهور الشراح وقت الاستعمال بوقت استهلاك الثمن، ونقل صاحب النهاية هذه المسئلة عن المبسوط بمباراة صريحة فيها فسروا به وقت الاستعمال حيث قال: وفي المبسوط: فإذا أصاب بعد ذلك مالا تصدق بمثله إن كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غني، وإن كان محتاجا يوم استهلك الثمن لم يكن عليه أن يتصدق بشيء من ذلك اه. أقول: فيه إشكال، فإنه يجوز أن يكون غنيا وقت استهلاك الثمن ويصير فقيرا وقت الاستماتة بالغة في أداء الثمن إلى المشتري. في هذه الصورة كيف يؤثر الغنى السابق الثابت وقت استهلاك الثمن في حق الغلة المصروفة إلى حاجته في حال فقره اللاحق حتى يلزمه التصديق بمثلها عند إصابته مالا، أو لا يرى أنه لو صرف فيها إلى حاجة غيره من سائر الفقراء لم يلزمه التصديق بمثلها من بعد أصلا؛ فنيا إذا صرفها إلى حاجة نفسه حال فقره كان أولى بذلك كما صرحوا به فيما قبل، اللهم إلا أن يقال: وجه تأثير الغنى السابق في تلك الصورة هو أنه إن لم يستهلك الثمن حال غناه بلا ضرورة لاحتمال أن يبقى ذلك الثمن إلى وقت لزوم أداء الثمن إلى المشتري فلا يحتاج إلى الاستماتة بالغة، لكن ذلك الاحتمال أمر موهوم يبعد أن يكون مدارا الحكم الشرعي فتدبر. وفسر تاج الشريعة وقت الاستعمال المذكور في كلام المصنف بوقت الصرف إلى حاجة نفسه. أقول: هذا هو الظاهر، ولكن فيه أيضا شيء، وهو أن الصرف إلى حاجة نفسه إنما يجوز رأسا إذا كان لا يجد غير تلك الغلة كما أفصح عنه المصنف بقوله ليس له أن يستعين بالغة في أداء الثمن إليه إلا إذا كان لا يجد غيره، ولا يخفى أنه إذا كان لا يجد غير ذلك كان فقيرا البتة فلم يكن وجه لرد يد المصنف حينئذ بقوله فلو أصاب مالا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال وإن كان فقيرا فلا شيء عليه، إذ معناه فبعد أن صرفها إلى حاجة

ليس له أن يستعين بالغة في أداء الثمن إلى المشتري، لأن الخبث ما كان لأجله إلا إذا لم يجد الغاصب غيره (أي غير الغلة بتأويل المذكور أو الأجر أو المال) لأنه محتاج إليه، وللمحتاج إليه أن يصرفه إلى حاجة نفسه (وهو أولى بذلك لأنها ملكه وإن كان فيه خبث) فلو أصاب مالا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال (أي وقت استهلاك الثمن، وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا) أنه محتاج، وكذلك إن استهلك الغلة مكان الثمن إن كان محتاجا فلا شيء عليه، وإن كان غنيا فعليه أن يتصدق بمثله. قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية) الغاصب إذا تصرف في المصنوب أو المودع في الوديعة وبيع فيه لا يطيب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد ورحمهما الله، خلافا لأبي يوسف ورحمهما الله، وقد مرّت الدلائل. وجوابهما في الوديعة أظهر لما ذكرنا أنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان، فكان التصرف في غير ملكه مطلقا فيكون الربح خبيثا، وإنما كرر الشراء في وضع المسئلة تنبيها على تحقق الخبث وإن تداولته الأيدي، ثم هذا: أي عدم طيب

الغاصب في أداء ما وجب عليه بذلك كمن أدى دين زيد بماله الآخر، فليأمل فإن جوابه غير غنى.

فقله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصديق إنما يجب إذا اشترى بها وتقد منها الثمن . أما إذا أشار إليها وتقد من غيرها أو تقد منها وأشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقاً وتقد منها يطيب له ، وهكذا قال الكرخي لأن الإشارة إذا كانت لاتفيد التعيين لابد أن يتأكد بالتقد ليتحقق الخيـث . وقال مشايخنا : لا يطيب له قبل أن يضمن ، وكذا بعد الضمان بكل حال ، وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة . قال (وإن اشترى بالألف جارية تساوي ألفين فوهبها أو طعاماً فأكله لم يتصدق بشيء ، وهذا قولهم جميعاً لأن الربح إنما يقين عند اتحاد الجنس .

نفسه لو أصاب مالا الخ ، اللهم إلا أن يقال : يجوز أن يكون غنيا ولا يند غير ذلك بأن كان ابن السيل فتأمل) قوله فقله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصديق إنما يجب إذا اشترى بها وتقد منها أقول : في عبارة المصنف هاهنا تسامح ، لأن حاصلها يقول إلى أن يقال فقله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى نفسه وإلى غيره ، لأن قوله اشترى بها في قوله إنما يجب إذا اشترى بها وتقد منها نفس ما في الكتاب ، وقوله وتقد منها أمر مغاير له ، ولا معنى للقول بأن في الشيء إشارة إلى نفسه وإلى غيره كما لا يمتنع ، فالظاهر أن يقال : فقله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصديق إنما يجب إذا أشار إليها وتقد منها إذ حيث لا يلزم المختار المذكور ، وتظهر المقابلة بقوله بعده : وأما إذا أشار إليها وتقد من غيرها أو تقد منها وأشار إلى غيرها كما لا يذهب على ذي مسكة . ثم إن مأخذ قول المصنف ثم هذا ظاهر فيها يتعين بالإشارة إلى قوله وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة ما ذكره فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير ، ولفظه : إذا أشار إليها وتقد منها بدل قول المصنف إذا اشترى بها وتقد منها ، فإنه قال هناك : وهذا واضح فيها يتعين بالإشارة إليه . فأما في الدرهم والدنانير فقد ذكر في الكتاب إذا اشترى بها يتصدق بالربح ، وظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها إذا أشار إليها وتقد منها . وكان الكرخي يقول في المسئلة إن ذلك على أوجه : إما أن يشير إليها وينقد منها ، وإما أن يشير إليها وينقد من غيرها ، وإما أن يطلق إطلاقاً وينقد منها أو يشير إلى غيرها وينقد منها . وفي كل ذلك يطيب إلا أن يشير إليها وينقد منها فإن الإشارة إليها لاتفيد التعيين فيستوى وجودها

الربح فيها يتعين بالإشارة كالمعرض ظاهر ، وأما فيها لا يتعين بالتعيين كالثنتين الدرهم والدنانير . فقله (في الكتاب) يعنى الجامع الصغير (اشترى بها إشارة إلى أن التصديق إنما يجب إذا اشترى بها وتقد منها) قال فخر الإسلام : لأن ظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها إذا أشار إليها وتقد منها ، أما إذا أشار إليها وتقد من غيرها أو تقد منها وأشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقاً وتقد منها يطيب له ، وهذه أربعة أوجه ، ففي واحد منها لا يطيب ، وفي الباقي يطيب . وذكر في المبسوط وجها آخر لا يطيب فيه أيضا ، وهو أنه إذا دفع إلى البائع تلك الدرهم أولا ثم اشترى منه بتلك الدرهم . وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي رحمه الله ، لأن الإشارة إذا كانت لاتفيد التعيين كان وجودها وعلمها سواء ، فلا بد أن يتأكد بالتقد ليتحقق الخيـث . قالوا : والفتوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعا لحرص عن الناس . وقال فخر الإسلام رحمه الله : قال مشايخنا رحمهم الله : لا يطيب له قبل أن يضمن ، وكذا بعد الضمان بكل حال : أي في الوجوه كلها ، وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح ، وقال وذلك لأنه إذا تقد منها ولم يشر فسلامة المبيع حصلت بهذه الدرهم ، فأما أن يصير عنها عوضا فلا تثبت شبهة الخيـث ، وإن أشار إليها وتقد من غيرها فإعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الإشارة فكان للعقد تعلق بها فتتمكن شبهة الخيـث أيضا ، وسيل مثله التصديق فاستوت الوجوه كلها في الخيـث ووجوب التصديق (وإن اشترى بالألف جارية تساوي ألفين فوهبها أو طعاماً فأكله لم يتصدق بشيء) بل يرد عليه مثل ما غصب (في قولهم جميعاً لأن الربح إنما يقين عند اتحاد الجنس) بأن يصير الأصل وما زاد عليه دراهم ولم يصرف فلم يظهر الربح .

قال المصنف : (لإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة) أقول : هذا تمثيل لعدم الطيب قبل الضمان وبعبارة ، لا لقوله بكل حال ولا للمجموع كما لا يمتنع .

(فصل فيما يتغير بعمل الغاصب)

قال (وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعتها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمها ، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بطلانها ، كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها

وعدها إلا أن يتأكد بالنقد منها . قال مشايخنا : بل لا يطيب بكل حال أن يتناول من المشتري قبل أن يقضى ، وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال ، وإطلاق الجواب هاهنا والمضاربة والجامع الكبير دليل على هذا القول وهو المختار ، إلى هنا لفظ فقهر الإسلام في شرح الجامع الصغير . وقال في الذخيرة : قال مشايخنا : الفتوى اليوم على قول الكرخي لكثرة الحرام دفعا لأحرج عن الناس ، وصل هذا بقدر : أي الصلوة الشهيد وشمس الأئمة السرخسي .

(فصل فيما يتغير بعمل الغاصب)

قال في العناية : لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لأنه عارض وحقه الفصل عما قبله اهـ . أقول : فيه كلام . أما أولا فلأن ما يزول به ملك المالك وإن كان عارضا لأصل الغصب إلا أن رد المثل أو القيمة متفرع على تحقق هذا العارض ، فإن موجب أصل الغصب إنما هو رد العين ، ولا يصار إلى رد المثل أو القيمة إلا بعد هلاك العين كما تقرر فيما مر . فلم يكن رد المثل أو القيمة إلا بعد هلاك العين حكم الغصب إلا بعد حدوث ذلك العارض ، فكان بالتأخير أخرى منه . وأما ثانيا فلأن كون ما يزول به ملك المالك عارضا إنما يقتضي استحقاقه للتأخير لا لفصله عما قبله بأن يورد في فصل على حدة فلم يتم قوله وحقه الفصل عما قبله . وكان صاحب الغاية تداركه حيث قال : لأنه عارض فغالب أن يذكر بعد ذلك ، لكن لا يتم به تمام التقرير إذ المقصود بيان وجه ذكر ما يتعلق بذلك العارض من المسائل في فصل على حدة لا بيان وجه مجرد ذكره متأخرا عما قبله (قوله وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعتها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمها . ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بطلانها) قال في العناية : قوله بفعل الغاصب احتراز عما إذا تغير بغير فعله ، مثل أن صار الغنم زيبيا بنفسه أو خلا

(فصول)

لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لأنه عارض وحقه الفصل عما قبله (وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعتها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمها ، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بطلانها) قوله بفعل الغاصب احتراز عما إذا تغير بغير فعله ، مثل أن صار الغنم زيبيا بنفسه أو خلا أو الرطب تمرا فإن المالك فيه بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه وضمته . وقوله حتى زال اسمها احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها فإنه لم يزل بالذبيح المبرد ملك مالكها لأنه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية . وقوله وعظم منافعتها يتناول الحنطة إذا غصبها وطبخها ، فإن المقاصد المتخلطة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشاء وغيرها يزول بالطبخ ، والظاهر أنه تأكيد لأن قوله زال اسمها يتناول فعلها إذا طحنت صارت تسمى ذبيحة لاحنطة ، ومثل ذلك بقوله (كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها) وفيه إشارة إلى أن الذبيح وحده لا يزول الملك ،

(فصل فيما يتغير بعمل الغاصب)

(قوله والظاهر أنه تأكيد ، لأن قوله زال اسمها يتناول الخ) أقول : فيه أن الشاة إذا أربت بعد ذبحها وبلغها يزول عنها اسم الشاة لا المنافع كما سيحكي من الشارح ؛ فالأول أن يقال : قوله وعظم منافعتها احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها وأربها فتأمل .

أو حنطة فطحنها أو حديدًا فاتخذته سيفًا أو صفرًا فعله آتية) وهذا كله عندنا . وقال الشافعي رحمه الله : لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله ، غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه نقصان عنده لأنه يؤدى إلى الربا ، وعند الشافعي يضمه ، وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته . للشافعي أن العين باقية فيبقى على ملكه

أول الرطب تمرا ، فإن المالك فيه بالخيار ، إن شاء أخذه ، وإن شاء تركه وضمته . وقوله حتى زال اسمها احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها فإنه لم يزل بالنذبح المجرى ملك مالكةا لأنه لم يزل اسمها . يقال شاة منبوحة وشاة حية . وقوله وعظم منافعها يتناول الحنطة إذا غصبها وطحنها ، فإن المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشاء وبلرا وغيرها تزول بالطحن . والظاهر أنه تأكيد لأن قوله زال اسمها يتناولها ، فلما إذا طحنت صارت تسمى دقيقا لحنطة . إلى هنا لفظ العناية . أقول : فيه نظر ، فإن كون قيد وعظم منافعها في هذه المسئلة مذكورا مجرد التأكيد مع وقوعه في عبارات عامة المعنويات من المطولات والمختصرات على الأقرار بعيد جدا لا تقبله الطباع السليمة ، فالحمل عليه من ضيق الطعن . والصواب أنه احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها وأربها ، فإنه لا يزول بالنذبح والتأرب ملك مالكةا كما سيأتى في الكتاب . مع أن زال اسمها بعد التأرب ولكن لم يزل عظم منافعها وهو اللحنية كما سيأتى التصريح به في عامة الشروح حتى العناية نفسها ولهذا لم يزل ملك مالكةا عنها تدبر (قوله) غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه نقصان عنده) قال بعض الفضلاء : الظاهر أن المراد نقصان القيمة . أقول : ظهوره ممنوع ، كيف وقد قال عامة الشراح في بيان قول المصنف فيما سيأتى : ولنا أنه أحدث صنته متقومة ، لأن قيمة الحنطة تزداد يجعلها دقيقا . وكذا قيمة الشاة تزداد بطبخها ، فإذا ازداد قيمة الحنطة يجعلها دقيقا فأتى بتصوّر هناك نقصان القيمة ، بل الظاهر أن المراد نقصان الوصف كما إذا عفت ، وقد أفصح عنه صاحب النهاية حيث قال : لأن الدقيق عين الحنطة من وجه فكان له أن يأخذها كما قبل الطحن . ثم قال : والدليل على بقاء جنس الحنطة فيه جريان الربا بينهما ، ولا يجرى الربا إلا باعتبار المحاسة . وقال : فلما ثبت المحاسة بين الحنطة ودقيقها كان أخذ الدقيق بمنزلة أخذ عين الحنطة ، ولو أخذ عين الحنطة كان لا يجوز أن يأخذ منها شيئا آخر لنقصان صفتها بسبب الفوتة لأدائه إلى الربا على ما مر فكل ذلك هاهنا أهـ . اللهم إلا أن يكون مراد ذلك القائل أيضا بنقصان القيمة بنقصانها بسبب فوات الوصف لانقصانها : بمجرد الطحن من غير نقصان الوصف ، لكن الظاهر في مثله إضافة النقصان إلى الوصف لا إلى القيمة كما لا يخفى (قوله للشافعي أن العين باقية الخ) قال صاحب العناية : قوله

بل الذبيح والطبخ بمنزلة طحن الحنطة ، والأمثلة كلها تدل على أنه لا بد للغاصب فيه من فعل (قوله وهذا كله) يعنى زوال ملك المالك وتملك الغاصب وضمانه (عندنا . وقال الشافعي رحمه الله : لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله ، غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه نقصان عنده لأنه يؤدى إلى الربا) إذ الدقيق عين الحنطة من وجه ، لأن عمل الطحن في تفريق الأجزاء لا في إحداث ما لم يكن موجودا وتفريق الأجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب ، ألا ترى أن الربا يجرى بينهما ولا يجرى الربا إلا باعتبار المحاسة (وعند الشافعي يضمه) لأن على أصله تضمين النقصان مع أخذ العين في الأموال الربوية جائز ، وهو رواية عن أبي يوسف (وعنه أنه يزول ملكه عنه) ولا يسقط عنه حقه (لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته) قوله (وللشافعي) عطف على قوله لأنه يؤدى إلى الربا ، وتقريره أن بقاء العين للمغصوب يوجب بقاءه على ملك المالك ، لأن الواجب الأصلي في الغصب رد العين عند قيامه ، ولولا بقاءه على ملك المالك لما كان كذلك والعين

(قال المصنف : وقال الشافعي : لا ينقطع حق المالك) أقول : الأظهر لا يزول ملك المالك لظهور كونه مقابلا لما روى عن أبي يوسف ثانيا ، فإن فيه لا ينقطع حق المالك أيضا ، نعم ينبغي أن يكون المراد بحق المالك ملكه (قال المصنف : غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه نقصان عنده) أقول : الظاهر أن المراد نقصان القيمة (قوله لكنه يباع في دينه) أقول : قوله لكنه ليس في حله ، والظاهر أن يقال : فيباع في دينه (قوله وللشافعي عطف على قوله لأنه يؤدى إلى الربا) أقول : فيلزم أن يكون تحليلًا لعدم جواز ضمان النقصان منه

وتبعه الصنعة كما إذا هبت الريح في الحنطة وألقها في طاحونة فطحنت ، ولا معتبر بفعله ، لأنه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف ، فصار كما إذا انعدم الفعل أصلا وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأربها . ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير حتى إن ذلك هالكاً من وجه ، ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الأصل الذي هو فائت من وجه ، ولا نجعله سببا للملك من حيث أنه محظور ، بل من حيث إنه إحداث الصنعة ،

وللشافعي عطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربا . أقول : ليس هذا بسديد ، فإن الواو غير موجودة هاهنا في نسخ الهداية الصحيحة أصلا ، ولو سلم وجودها فالظاهر أنها للابتداء . إذ لو كانت للعطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربا لزم الفصل بين المعطوفين بكلام أجنبي وهو قوله وعند الشافعي يضمه . وقوله وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه الخ . ولا يخفى على من له حربة بأساليب الكلام ركاسة ذلك جدا وكونه بمنزل عن شأن صاحب الهداية . ورد عليه بعض الفصلاء بوجه آخر حيث قال : فيلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند أبي يوسف هذا خلف اهـ . أقول : ليس هذا بشيء لأن معنى قوله للشافعي أن العين باق أن له في إثبات مذهبه كذا ، وهذا هو المعنى أيضا على تقدير أن يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند أبي يوسف . كيف ولو لزم ما توهمه من المحذور هاهنا لزم ذلك في كل موضع الخلاف يقال فيه عند إقامة الأدلة المذاهب له كذا وله كذا ولنا كذا ، إلا لشك أن المذكور ثانيا أو ثالثا من تلك الأدلة بالواو معطوف على الأول . مع أن مدعى كل واحد منها يخالف الآخر ، ومن جملة ذلك قوله فيما نحن فيه . ولنا أنه أحدث صنعة متقومة فإنه معطوف قطعا على قوله للشافعي أن العين باق مع أنه ليس بتعليل لما عله الشافعي بلا ريب . فالوجه في صحة العطف في أمثال ذلك كلها أن المعنى أن له في إثبات مذهبه كذا ولنا

باق فبيق على ملكه (وتبعه الصنعة) الحادثة لأنها تابعة للأصل (كما إذا هبت الريح في الحنطة وألقها في طاحونة فطحنت) فإن الدقيق يكون للمالك الحنطة كذلك هذا . فإن قيل : تمثيل فاسد لأنه تخلل في صورة النزاع فعل الغاصب دون المستند به . أجاب بقوله (ولا معتبر بفعله لأنه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف في الأصول أن الفعل المحظور لا يصلح سببا للتمتع وهو الملك فصار كما إذا عدم الفعل أصلا) وحينئذ صارت صورة النزاع كالتمتع به لاهالة (وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وأربها) أي جعلها عضوا عضوا ، فإن فعل الغاصب فيه موجود وليس بسبب للملك لكونه محظورا (ولنا أنه أحدث صنعة متقومة) لأن قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيئا ، وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا (وإحداثها صير) جنس (حتى المالك هالكاً من وجه) ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد (وحقه) أي حق الغاصب (في الصنعة قائم من كل وجه) وما هو قائم من كل وجه مرجع على المالك من وجه على ما عرف في الأصول من قولهم : إذا تعاوض ضربا الرجيع كان الرجحان في الذات أحق منه في الحال ، لأن الحال قائمة بالذات تابعة له فيقطع حتى المالك بالثبوت والطبخ ، لأن الصنعة قائمة ببنائها من كل وجه والعين هالكة من وجه (قوله) ولا نجعله سببا للملك من حيث هو محظور (جواب عن قوله) ولا معتبر بفعله لأنه محظور . وتقريره أن لهذا الفعل جهتين : جهة تفويت يد المالك عن الحمل وهو محظور ، وجهة إحداث صنعة

أبي يوسف ، هذا خلف ، وليست الواو في نسختنا موجودة وهو الأصوب (قوله وحقه في الصنعة قائم من كل وجه) أقول : قال أكل اللين : أي حق الغاصب انتهى . لكن الظاهر أن يقول : والصنعة قائمة من كل وجه فتأمل ما وجه المدلول (قوله كان الرجحان في الذات أحق منه في الحال) أقول : قوله في الذات : أي في الوجود . قوله في الحال : أي البقاء ، والتفسير في قوله منه راسع إلى الرجحان (قال المصنف : ولا نجعله سببا للملك) أقول : أي لنجعل للصفة بتأويل الفعل ، أو على اعتبار المفعول الثاني (قوله) وتقريره أن لهذا الفعل جهتين : جهة تفويت يد المالك عن الحمل (أقول : الأظهر أن يقال : جهة كونه تصرفا في ملك غيره على سبيل المدول ، وإلا تفويت يد المالك حصل بالتبطل فيكون تحصيله المحاصل . إلا أن يقال : يتأكد به ذلك للتفويت وكان على طرف السقوط .

بخلاف الشاة لأن اسمها باقى بعد الذبيح والسلخ ، وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويشرع عليه غيرها فاحفظه . وقوله ولا يلح له الانتفاع بها حتى يؤدى بطلان استحسانه ، والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر ، وهكذا عن أبي حنيفة رحمه الله ، رواه القتيبي أبو الليث . ووجه ثبوت الملك المطلق للتصرف ؛ ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز . وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة المصابة بغير رضا صاحبها « أطعموها الأسارى » أفاد الأمر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغائب قبل الإرضاء ،

في إثبات منعنا كذا ، ولا عذور فيه أصلا فاحفظ هذا فإنه ينفعك في مواضع شتى (قوله بخلاف الشاة لأن اسمها باقى بعد الذبيح والسلخ) هذا جواب عن قول الشافعي وصار كما إذا ذبح الشاة المفصولة وسلخها وأربها ، وتقديره أن العلة حدوث الفعل من الغائب وعلى وجه يتبدل الاسم ، واسم الشاة بعد الذبيح باقى لأنه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية . فإن قيل : الكلام فيها بعد التأريب ، ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك . أجب بأنه كذلك ، إلا أنه لما ذبحها فقد أبى اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمة فيها إذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتأريب بعد ذلك لا يفتقر ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبدل العين ، كذا في العائنة وغيرها . أقول : الجواب المذكور لا يدفع السؤال الوارد على المصنف فيها ذكره جوابا عما استشهد به الشافعي من مثله ذبح الشاة المفصولة وسلخها وتأريبها ، فإنه على المخالفة بينها وبين ما نحن فيه ببقاء اسم الشاة فيها بعد الذبيح والسلخ فورد عليه قطعا أن يقال : الكلام في الشاة التي ذبحت ثم أربت ، ولا شك أن اسم الشاة لم يبق بعد التأريب فلم تتحقق المخالفة بينها وبين ما نحن فيه من حيث تبدل الاسم وعدم تبدله ، فلم يصلح ما ذكره المصنف جوابا عما استشهد به الشافعي . نعم يمكن أن يجاب عما استشهد به الشافعي بما قرّر في الجواب المذكور ، لكنه لا يدفع قصور ما أجب به المصنف عنه ، ومدار السؤال المربور على ذلك فلا يتم التصريب

متمومة وهو سبب من حيث هذه الجهة لاجلجهة الأولى . وقوله (بخلاف الشاة) جواب عن قوله وصار كما إذا ذبح الشاة المفصولة . وتقديره أن العلة حدوث الفعل من الغائب على وجه يتبدل الاسم ، واسم الشاة بعد الذبيح والسلخ باقى كما تقدم أنه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية . فإن قيل : الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك . أجب بأنه كذلك ، إلا أنه لما ذبحها فقد أبى اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمة فيها ، إذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ ، والتأريب بعد ذلك لا يفتقر ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبدل العين ، بخلاف الطليخ بعده لأنه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها أن يأخذها (قوله وهذا الوجه) أى وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك ، وبغوات الاسم على انقطاع حق المالك شامل لعمامة فصول مسائل الغصب ، فإنه إذا غصب دقيقا فغصبه أو غزلا فغصبه أو قطنا فغزله أو ممصا فغصبه ينقطع حق المالك لتبدل الاسم . وأما إذا غصب ثوبا فغصبه بصغره لم ينقطع ، وكان بالخيار على ماسيجي . لأن حين الثوب قائم لم يتبدل اسمه . وقوله (لا يلح له) ظاهر . وقوله (ووجهه) أى وجه القياس (أن ثبوت الملك مطلق للتصرف) يعنى أن الملك قد ثبت للغائب وانقطع عنه المالك بالدلائل المذكورة ، والمالك مطلق للتصرف من غير توقف على رضا غيره (الأثرى أنه لو وهبه أو باعه جاز . وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب) وهو حديث رواه أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجهمي عن أبي بردة عن أبي موسى رضى الله عنهم « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان في ضيافة أنصارى فقدم إليه شاة صلية : أى مشوية فأخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسبغها ، فقال عليه الصلاة والسلام : إنها تخبرني أنها ذبحت بنيرحق ، فقال الأنصاري : كانت شاة أنسي ، ولو كانت أفز من هذا لم ينفس على بها وسأرضيه بما هو خير منها إذا رجعت ، فقال عليه الصلاة والسلام : أطعموها الأسارى » قال محمد زعمه

(قوله باقى كما تقدم) أقول : في أول الفصل وفى باب الربا أيضا (قوله بل يقال لحم مأروب) أقول : الظاهر مأروب أو مؤروب .

ولأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الإرضاء حبسا لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد . وإذا أدى البذل يباح له ، لأن حق المالك صار موفى بالبذل فحلت مبادلة بالراضى ، وكذا إذا أبرأه لسقوط حقه به ، وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لأنه لا يقضى إلا بطلبه ، وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة ففرسها غير أنه عند أبي يوسف يباح الانتفاع فيما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه . وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما ، وأصله ما تقدم .

(قوله وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لأنه لا يقضى إلا بطلبه) في المعنى المراد من قوله أو ضمنه الحاكم ومن قوله أو ضمنه المالك نوع اشتباه ، وعن هذا اختلفت عبارات الشراح في تفسيرها . فقال صاحب الكفاية في شرح قوله أو ضمنه الحاكم : يحتمل أن يكون المصنوب منه من كان القاضى وليا له . أو أن يكون المراد منه قضى بالضمان بدليل قوله لأنه لا يقضى إلا بطلبه . واختار تاج الشريعة لاحتمال الأول حيث قال في بيان قوله أو ضمنه الحاكم بأن كان المصنوب مال اليتيم أو الغائب . وكذا اختاره صاحب العناية حيث قال في تفسير ذلك : يعنى إذا كان مال اليتيم . أقول : يرد على الاحتمال الأول أن قول المصنف في التحليل لأنه لا يقضى إلا بطلبه غير مساعد لذلك . لأن من كان القاضى وليا له لا يلزم منه الطلب في قضاء القاضى له بحقه ، بل قد لا يتصور منه الطلب كما إذا كان اليتيم صغيرا جدا وكما إذا كان الغائب بعيدا غير عالم بالقضية أصلا . ويرد على الاحتمال الثانى أن قول المصنف قبل هذا وكذا إذا أدى بالقضاء يأتى ذلك . إذ حينئذ يلزم التكرار . ويمكن أن يجاب عن الأول بأن طلب القاضى في حكم طلب من كان القاضى وليا له لكونه نائباً عنه . فكان القضاء هناك أيضا بطلب المصنوب منه حكما . وعن الثانى بأنه يجوز أن يكون المراد بالقضاء على تقدير أن يكون معنى قوله ضمنه الحاكم قضى بالضمان مجرد القضاء بالضمان بدون وقوع أداء البذل من الغاصب . والمراد بقوله قبيل ذلك ، وكذا إذا أدى بالقضاء أداء البذل بالقضاء فافترقا ولا تكرار . ثم قال صاحب الكفاية : وهى قوله أو ضمنه المالك أخذ الضمان أو تراضيا على مقدار من الضمان .هـ . أقول : يرد عليه أيضا أن قول المصنف فيما قبل وإذا أدى البذل يباح : يعنى عن هذا المعنى : لأن أداء الغاصب البذل يستلزم أخذ المصنوب منه الضمان فيلزم أن يكون قوله أو ضمنه المالك مستندرا . ويمكن أن يجاب عنه بأنه يجوز أن يكون المراد بتضمين المالك أخذه الضمان بغير رضا الغاصب وبغير القضاء دون مطلق أخذ الضمان . والمراد بقوله فيما قبل وإذا أدى البذل أدأوه برضاه دون مطلق الأداء ولا يلزم استدراك قوله وكذا إذا أدى بالقضاء . وأدأوه برضاه إنما يستلزم أخذ الضمان برضاه دون أخذه بغير رضاه فلا استدراك . بقى الكلام في قول صاحب الكفاية أو تراضيا على مقدار من الضمان فإنه يقتضى الاستدراك ، إذ الراضى قد كان معتبرا في قول المصنف وإذا أدى البذل يباح كما يدل عليه تعليقه هناك بقوله لأن حق المالك صار موفى بالبذل فحصلت مبادلة بالراضى . ويمكن أن يجاب عنه أيضا بأن المراد حاجتنا الراضى على مقدار من الضمان : أى على بعض منه ، والمراد فيما تقدم الراضى على أداء كل الضمان فحصل التغاير من هذه الحيثية

الله : يعنى المحبين فأمره بالتصدق مع كون المالك معلوما . بيان أن الغاصب قد ملكها لأن مال الغير يحفظ عليه عينه إذا أمكن وثمنه بعد البيع إذا تعذر عليه حفظ عينه ، ولما أمر بالتصدق بها دل على أنه ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء (قوله ولأن في إباحة الانتفاع) دليل معقول وهو ظاهر . وقوله (ونفاذ بيعه) جواب عن قوله ولذا لو وهبه ، وتقريره أن نقاذ ذلك لقيام الملك وذلك لا يستلزم الإباحة كما في الملك الفاسد . وقوله (وإذا أدى البذل) راجع إلى قوله حتى يؤدى بطلها وكلامه واضح . وقوله (أو ضمنه الحاكم) يعنى إذا كان مال اليتيم ، وقوله (بخلاف ما تقدم) إشارة إلى قوله كن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطه فطبخها أو حديدنا فانخذ سيفا . وقوله (وأصله ما تقدم) إشارة إلى ما ذكر قبل هذا الفصل

قال (وإن غضب فضة أو ذهباً فضر بها دراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالها عنها عند أبي حنيفة فيأخذها ولا شيء للغائب ، وقالوا : يملكها الغائب وعليه مثلها) لأنه أحدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكا من وجه ؛ ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك . وله أن العين باق من كل وجه ؛ ألا ترى أن الاسم باق ومعناه الأصل الثنية وكونه موزونا وأنه باق حتى يجري فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من أحكام الصنعة دون العين ، وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقاً لأنه لا قيمة لها عند المقابلة بمنسأها . قال (ومن غضب ساجة فبئى عليها زال ملك مالها عنها ولزم الغائب قيمتها) وقال الشافعي : للمالك أخذها ، والوجه من الجانبين قلناه .

واندفع الاستدراك ، لكن لا يمتنى على ذى فطرة سليمة أن حمل قول المصنف أو ضمنه المالك على التراضى على مقدار من الضمان لما يساعده اللفظ جداً ، ولا يفهم منه ذلك المعنى من حيث العربية أصلاً . وقال تاج الشريعة في تفسير قوله أو ضمنه المالك : أى طلب المالك من الغائب الضمان بحمل الانتفاع قبل أداء الضمان اه . واقتضى أثره الشارح العنى . أقول : فيه أيضاً بعد من حيث اللفظ والمعنى كما لا يمتنى قتأمل (قوله ومن غضب ساجة فبئى عليها زال ملك مالها عنها ولزم الغائب قيمتها) ذكر فى اللخيرة أن ذلك فيها إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة . وأما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من البناء فلم يزل

من تعليل مسئلة : ومن غضب عبداً فاستغله فغلبته فغلبه التقصان . قال (وإن غضب فضة أو ذهباً) إذا غضب فضة أو ذهباً فضر بها دراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالها عنها عند أبي حنيفة رحمه الله فيأخذها ولا شيء للغائب . وقالوا : يملكها الغائب وعليه مثلها ، لأنه أحدث صنعة معتبرة متقومة صير لإحلالها حق المالك هالكا من وجه ؛ ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبراً وهو لا يصلح رأس المال فى المضاربات والشركات وبعد ما ضربه صلح لذلك . وفى ذلك دليل على تفايرهما معنى وأما ، لأنه قبل الضرب كان يسمى تبراً وفضة وذهباً وبعده دراهم ودنانير ، ومثل ذلك يقطع حق المالك كما تقدم . ولأنى حنيفة رحمه الله أن العين باقية من كل وجه ؛ ألا ترى أن الاسم باق والأحكام الأربعة المتعلقة بالذهب والفضة وهى الثنية وكونه موزوناً وجريان الربا وجوب الزكاة كذلك ، وإذا كان كذلك لم ينقطع حق المالك (قوله وصلاحيته لرأس المال) جواب عن قوله والتبر لا يصلح الخ . وتقريره أن الصلاحية أمر زائد على مقتضى الطبيعة يحدث بالصنعة لأنه هلك العين بها من وجه . وقوله (وكذا الصنعة) جواب عن قوله أحدث صنعة معتبرة متقومة ، ومعناه أنها غير متقومة فى جميع الأحوال لأنها لا قيمة لها عند المقابلة بمنسأها . وإنما تقوم عند المقابلة ، بخلاف الجنس كن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغاً عندنا ، وذلك لأننا لو أوجبنا عليه مثل قيمتها من جنسها أدى إلى الربا ، ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه لإبطال حق المصنوب منه عن الجودة والصنعة ، فلما راعاه حق المالك والحرص عن الربا قلنا يضمن قيمته من الذهب مصوغاً ، وإن وجدته صاحبه مكسوراً فرضى به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لأنه عاد إليه عين ماله فيقبت الصنعة متفرقة عن الأصل ، ولا قيمة لها فى الأموال الربوية ، وإذا كان كذلك كانت الصنعة متقومة من وجه دون وجه فلا تصلح لإبطال حق ثابت من كل وجه (ومن غضب ساجة) بالجيم وهى الخشبة العظيمة ، لأن الساجة بالخاء ستأتى بعد هذا (فبئى عليها زال ملك مالها عنها ولزم الغائب قيمتها) وذكر فى اللخيرة أن ذلك فيها إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة . وأما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء فلم يزل ملك مالها عنها ، وسيظهر لك وجه ذلك إن تأملت فى قوله وجه آخر لثا فيه (وقال الشافعي رحمه الله : للمالك أخذها ، والوجه من الجانبين قلناه) يعنى فى أول هذا الفصل بقوله وإذا

(قال المصنف : ومن غضب ساجة) أقول : هو أول مسئلة خالف فيها الشافعي أصحابنا ورحمهم الله ، كذا فى بواقيت العلوم للإمام الرازى (قوله فى قوله وجه آخر لثا فيه) أقول : يعنى فى الجواب الذى ذكر فيه عن السؤال .

وزجه آخر لنا فيه أن فيها ذهب إليه إضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف ، وضرر المالك فيها ذهبنا إليه مجبور بالقيمة ، فصار كما إذا خا ط بالخي ط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في صفيته . ثم قال الكرخي والفقير أبو جعفر : إنما لا ينقض إذا بني في حوالى الساجه .

ملك مالكمها اه . قال صاحب العناية بعد نقل ما في النخيرة : وسيظهر لك وجه ذلك إن تأملت في قوله وجه آخر لنا فيه اه . أقول : لا يذهب على من له ذوق صحيح أنه لا يظهر وجه ذلك بالتأمل في قوله وجه آخر لنا فيه ، لأن حاصله أن ضرر الغاصب فيما ذهب إليه الشافعي ضرر من غير خلف ، وضرر المالك فيما ذهبنا إليه ضرر مجبور بالقيمة ، ولا ريب أن الضرر المجبور دون الضرر المحض فلا يرتكب الضرر الأعلى عند إمكان العمل بالضرر الأدنى . ولا يخفى على ذى فطرة سليمة أنه لا فرق في هذا المعنى بين أن يكون قيمة البناء أكثر من قيمة الساجه وبين العكس . إذ لا شك أن الضرر المحض أشد وأثقل من الضرر المجبور على كل حال ، فلا بد أن يتحمل الثاني لدفع الأول على كل حال عملا باختيار أهون الشرين كما هو القاعدة المقررة ، وإنما كان يظهر وجه ذلك لو كان كلا الضررين مجبورين بالقيمة ، فإنما هو أقل قيمة حينئذ يكون أخف وأيسر تحملا وليس فليس . ثم أقول : لعل وجه ذلك يظهر بالتأمل في قوله والوجه من الجانبين قدمناه . فإن ما قدمه من جانبنا هو قوله ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا ، ولا شك أن قيمة البناء إذا كانت أكثر من قيمة الساجه كان البناء غالبا على الساجه فيصح إذ ذاك أن يقال : إن الغاصب أحدث صنعة متقومة صير أحداهما حق المالك هالكا من وجه لظهور حصه تصيير الغالب المغلوب هالكا من وجه ، وأما إذا كانت قيمة الساجه أكثر من قيمة البناء فإنما تكون الساجه غالبة على البناء فليشكل هناك أن يقال : إنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه ، إذ تصيير المغلوب الغالب هالكا غير ظاهر تأمل تفهم قوله وجه آخر لنا فيه أن فيها ذهب إليه إضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيها ذهبنا إليه مجبور بالقيمة) بيانه أن فيها قاله الشافعي رضى الله تعالى عنه إضرارا بالغاصب لأن فيه إبطال حقه ، وفيها قلنا إضرار بالمالك ولكن ضرر المالك مجبور بالعوض وهو القيمة ، فكان فوات حقه كلافوات ، وضرر الغاصب ليس بمجبور بشئ فيفوت . حقه لا إلى خلف ، فكان قطع حق المالك أولى من قطع حق الغاصب ، كذا في غاية البيان . أقول : لقائل أن يقول : يشكل هذا الوجه من التعليل بما إذا غصب ساحة بالجاه المهمة فبنى عليها ، فإنه لا يزول ملك المالك عنها كما سيأتى في الكتاب مع جريان الوجه المذكور بعينه هناك أيضا كما لا يخفى . نعم يوجد هناك وجه آخر فارق بينهما ، لكن الكلام في انتقاض هذا الوجه المذكور في مسئلتنا هذه بذلك المسئلة الآتية فتأمل (قوله كما إذا خا ط بالخي ط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في صفيته) قال في العناية : فإن قيل : عدم جواز نزع الخي ط واللوح عنده من حيث أن فيه تلف الناس لا لأن المالك

لغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب الخ (وجه آخر لنا فيه) أى في تعليل هذه المسئلة (أن فيها ذهب إليه) الشافعي (إضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف ، وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة ، فصار كما إذا خا ط بالخي ط المغصوب بطن جاريته أو أدخل اللوح المغصوب في صفيته) والشفية (والمشفية مع من عليها في لجة البحر ليس للمالك أن ينزع لوحه منها ، وإنما قيدها بذلك لأنها إذا كانت واقفة كان له أن ينزع عنده فلا يصلح للاستشهاد . فإن قيل : عدم جواز نزع الخي ط واللوح عنده من حيث أن فيه تلف الناس لا لأن المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط . ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره ، وجعل حق غيره أولى لأن يلطاله زيادة ضرر بالنسبة إلى ضرر المالك فكانتا متساويتين (ثم قال الكرخي والفقير أبو جعفر رحهما الله : إنما لا ينقض إذا بني في حوالى الساجه لأنه غير متعد في البناء ،

(قوله قلنا ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره) أقول : أى من الملتزم : أى التلف وتمك التصيب (قوله وجعل حق غيره أولى) أقول : كيف يقاس ذلك ، ولو كان البناء والساجه كلاما للشخص واحد يبالغ له نقض بنائه وإخراج الساجه من تحت ، بخلاف اللوح والشفية والخي ط والجارية فإنها لو كانت لملك واحد لا يبالغ له نزع الخي ط واللوح فليتمثل .

أما إذا بنى على نفس الساجية يتقضى لأنه متعدّ فيه . وجواب الكتاب يردّ ذلك وهو الأصح . قال (ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ، إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه ، وإن شاء ضمنه نقصانها ، وكذا الجزور ، وكذا إذا قطع يدهما) هذا هو ظاهر الرواية . وجهه أنه إلتلاف من وجه باعتبار

ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد باختلاف المناط . قلنا : ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره . وجعل حق غيره أولى لأن بإبطاله زيادة ضرر بالنسبة إلى ضرر المالك فكانتا متساويتين اه . وردّ عليه بعض الفضلاء بأن قال : كيف يقاس ذلك ، ولو كان البناء والساجية كلاهما لشخص واحد يباح له تقض بنائه وإخراج الساجية من تحته ، بخلاف اللوح والسفينة والخيوط والخارجة فإنها لو كانت للمالك واحد لا يباح له نزع الخيوط واللوحة فليأمل اه . أقول : ليس ذلك بشيء إذ لا يجب في صفة القياس اشتراك المقيس والمقيس عليه في جميع الأحوال ، بل يكفي اشتراكهما في العلة التي هي مناط الحكم وهاهنا كذلك فإن العلة في المقيس عليه لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير إبطال حقه وهو ، متحقق في المقيس أيضا بلا ريب ، على أنه لو كان البناء والساجية كلاهما لشخص واحد صار بمنزلة عما نحن فيه ، إذ لا يتحقق القصب هناك ، ولا يكون صاحب البناء متصرفا في ملك الغير حينئذ فلا يكون داخلها فيها وقع مقيسا هاهنا ، ولا تتحقق فيه العلة المعترضة في المقيس عليه وهي لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير إبطال حقه ، فلم يكن له تعلق بما نحن فيه ولا بالقياس المذكور فيه أصلا (قوله وجواب الكتاب يردّ ذلك) قال صاحب غاية البيان : ولنا في قوله وجواب الكتاب يردّ ذلك : أي جواب مختصر القندوري يردّ ما قاله الكرخي نظر ، لأن القندوري يروي عن أبي عبد الله الجرجاني عن أبي بكر الرازي عن أبي الحسن الكرخي ، فكيف يردّ مجرد جواب القندوري قول الكرخي وسند روايته إليه . نعم يجوز رجحان قول المتأخر على المتقدم بإقامة الدليل ، أما بمجرد الرواية فلا اه كلامه . أقول : نظره ساقط ، لأنه إن أراد أن استناد رواية القندوري في جميع مسائل مختصره أو في المسئلة التي نحن بصدددها إلى الكرخي فهو ممنوع ، كيف . وقد صرح هذا المصنف نفسه بأن القندوري قال في شرحه لمختصر الكرخي : وكان أبو الحسن الكرخي يقول : المسئلة موضوعة على أنه بنى على حوائى الساجية لأنه غير متعد في البناء على ملكه فلا يتقضى . وأما إذا بنى على نفس الساجية يتقضى بناؤه لأنه تعدّى فيه . وكان المصنف يفتقر هذا القول . وقد ذكر في كتاب الصرف فيمن غصب درهما فجعله عروة مزادة سقط حتى ماله ، والغصبة لا يسقط حتى ماله فيها بالصياغة ، وإنما أسقطه بكونها تابعة للمزادة ، وهذا لا يكون إلا بعمل يوقعه فيها على وجه التعمد فدل على أن المسئلة على إطلاقها وأنه لاحق للمالك في الساجية في الوجهين . وقال : إلى هنا لفظ القندوري . ولا يذهب عليك أن ما نقله عن القندوري صريح في أن القندوري لا يقبل رواية الكرخي في هذه المسئلة على التقييد بأن بنى على حوائى الساجية ، ويستدل على إطلاقها بمسئلة كتاب الصرف كما ترى ، فتعين أن رواية القندوري هذه المسئلة بأن قال فبنى عليها لا يستند إلى الكرخي ، بل هو في هذه الرواية يخالف له وتمسك بمسئلة كتاب الصرف ، وإن أراد أن استناد رواية القندوري في أكثر المسائل إلى الكرخي بالطريق المرويور فهو مسلم ، لكن لا يجدي ذلك هاهنا شيئا فإن الكلام في مسئلة الساجية وهو في روايتنا يخالف الكرخي كما عرفت (قوله ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ، إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه ، وإن شاء ضمنه نقصانها ، وكذا الجزور) وهو ما أهدى للذبح من الإبل ، من الجزور وهو

وأما إذا بنى على الساجية يتقضى لأنه متعدّ فيه) قال المصنف رحمه الله (وجواب الكتاب) يعني قوله فبنى عليها (يردّ ذلك وهو الأصح) قيل : لأنه تغير عما كان عليه ، لأن الساجية قبل البناء عليها تصلح للإحراق تحت القندور ولأبواب البور وغير ذلك وبعده لا تصلح لشيء من ذلك إلا بالنقص ، والتغير يوجب انقطاع حق المالك . قال (ومن ذبح شاة غيره) ومن ذبح شاة غيره

(قوله وجواب الكتاب ، إلى قوله : قيل لأنه تغير الخ) أقول : قيل يردّ عليه أن هذه الصلاحية باقية في الساجية بطلانها ، فأيضا أن البناء عليه مانع من ذلك كالبناء على الساسة فإنها تصلح لزراعة بساتينها والبناء مانع كما نص عليه فليأمل .

فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ،

القطع يقع على الذكر والأنثى وهى وثق ، كذا قالوا : وإنما ذكر الجزور بعد ما ذكر الحكم في الشاة من الخيار بين تضمين القيمة وتضمين نقصان اللعق شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان بأن يقال : النقصان بالذبح في الشاة إما كان بسبب نفوت صلاحيتها للدر والنسل والجزور هو الذى أعدت للذبح فلم يكن الدر والنسل مطلوبين هاهنا فينبغي أن لا يضمن الفاحش النقصان بل استحق أجر المثل من جزائه على المالك لأنه حقق مقصوده فيها فكان زيادة لانقصانها ، كما إذا غصب ثوبا فبصنه أحمر حيث يضمن المالك للغاصب ما زاد الصبغ إذا اختار أخذ الثوب لكون صبغ الحمرة زيادة فدفع تلك الشبهة بقوله وكذا الجزور وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار ، لأنه يحتمل أن يكون للمالك مقصود فيها سوى الدر والنسل من الأسان وتيقنها إلى زمان ليحصل مقاصده منها ، كذا في النهاية ومراجع الدراية . وأفاد صاحب العناية خلاصة هذا المعنى بعبارة أخرى حيث قال : وإنما خصه لدفع ماعسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل لجزائه على المالك لأنه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصاناً حيث أعد للجزور غير مطلوب منه الدر والنسل . وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتال أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الأسان والتأخير إلى وقت آخر لمصلحة له في ذلك اه كلامه . ورد عليه بعض الفضلاء قوله وإنما خصه لدفع ماعسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل حيث قال : لا مجال لهذا التوهم أصلاً لأن فعله لو لم يكن غصباً فهو تبرع لا يستحق به الأجر . وقال : فالأولى طى قضية استحقاق أجر المثل من البين ويقول بدله إن ذابجه يجب أن لا يكون غاصباً اه . أقول : إن قوله لا مجال لهذا التوهم أصلاً تحكم . وقوله لأن فعله لو لم يكن غصباً فهو تبرع لا يستحق به الأجر غير مسلم ، فإنه إذا لم يكن متبرعاً لما زاده الصبغ فيها

بغير أمره فالكها بالخيار ، إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه ، وإن شاء ضمنه نقصانها وكذلك الجزور وهوما أعد للذبح من الجزور وهو القطع ، وإنما خصه لدفع ماعسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل لجزائه على المالك لأنه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصاناً حيث أعد للجزور غير مطلوب منه الدر والنسل ، وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتال أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الأسان والتأخير إلى وقت آخر لمصلحة له في ذلك ، وكذلك إذا قطع يدهما : أى يد الشاة والجزور هذا هو ظاهر الرواية ، بخلاف ما روى الحسن عن أبي حنيفة رضى الله عنهما أن لا يضمنه شيئاً ، يعنى في ذبح الشاة لأن الذبح والسلخ في الشاة زيادة على مامر . ووجه الظاهر ما ذكره أنه إنلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل ، وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب على ماسيجىء ولكنه لا يعم الجزور بظاهره ، ولكنه يعمه من قوله فوت بعض الأغراض إذا لم يجعل البيان منحصراً فيما ذكر بقوله من الحمل والدر والنسل ، ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك أن يضمه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه . قيل : ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة ، فإن حكم مأكوله أيضاً كذلك ، لأنه عطف قوله وكذا إذا قطع يدهما على قوله إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء ضمنه نقصانها ، فدل على أنهما في الحكم سواء . ومن الشارحين من قال : هذا إنما هو على اختيار صاحب الهداية ، والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيما : يعنى في مأكول اللحم وغير مأكوله إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر . وفيه نظر من وجهين : أحدهما أنه لو كان كذلك لكن أن يقول : وكذلك إذا كان غير مأكول اللحم . والثاني أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف مأكول اللحم وغير

(قوله وإنما خصه لدفع ماعسى أن يتوهم أن غاصبه الخ) أقول : لا مجال لهذا التوهم أصلاً ، لأن فعله لو لم يكن غصباً فهو تبرع لا يستحق به الأجر ، فالأولى طى قضية استحقاق أجر المثل من البين ، ويقول بدله : إن ذابجه يجب أن لا يكون غاصباً (قوله قيل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة) أقول : القائل هو صاحب النهاية (قوله ومن الشارحين من قال هذا الخ) أقول : إن كان المراد ببعض الشارحين العلامة الإجماع فلا يرد على كلامه ما ذكره من وجهى النظر ، وإن شئت فراجع .

ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم قطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمته لوجود الاستهلاك من كل وجه ، بخلاف قطع طرف العبد المملوك حيث يأخذه مع أرض المقتطوع ، لأن الآدى يبقى منتزعا به بعد قطع الطرف . قال (ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب للمالك) لأن العين قائم من كل وجه ، وإنما دخله عيب فيضمنه (وإن خرق خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فللمالك أن يضمه جميع قيمته) لأنه استهلاك من هذا الوجه فكأنه أحرقه . قال رضى الله عنه : معناه يترك الثوب عليه : وإن شاء أخذ الثوب وضمته النقصان لأنه تعيب من وجه من حيث أن العين باق ، وكذا بعض المنافع قائم ، ثم إشارة الكتاب إلى

إذا أخذ ثوب غيره فصبغه أحر ، بل ضمنه للمالك إذا اختار أخذ الثوب كما سيأتى ، فلم لا يجوز أن لا يكون متبرعا لما زاده اللبغ فيها إذا ذبح جزور غيره ، بل استحق أجر المثل بناء على أنه حقق مقصود المالك ، وهذا القدر من القياس إن لم يكن مناطا للاجتهاد فلا أقل من أن يكون منشأ التلوم . فلا بد من دفع ذلك التلوم ، فأشار المصنف إلى دفعه بقوله وكذا الجزور وهذا هو مراد الشراح هاهنا ولا غبار عليه (قوله ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم قطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه) قال صاحب العناية : قيل ليس لتفسيده بغير مأكول اللحم فائدة ، فإن حكم مأكوله أيضا كذلك ، لأنه عطف قوله وكذا إذا قطع يدهما على قوله إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء ضمنه نقصانها ، فدل على أنها في الحكم سواء . ومن الشارحين من قال : هذا إنما هو على اختيار صاحب الهداية ، والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيها : يعنى فى مأكول اللحم وغير مأكوله إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر ، وفيه نظر من وجهين : أحدهما أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول : وكذلك إذا كانت غير مأكول اللحم . والثانى أن التعليل يدل على مقابلة الحكم بين قطع طرف مأكول اللحم وغير مأكوله حيث قال فى الأول : إنه إلتلاف من وجه ، وفى الثانى : لوجود الاستهلاك من كل وجه ، إلى هنا لفظ العناية اه . أقول : القائل بعدم فائدة التقييد بغير مأكول اللحم إنما هو صاحب النهاية وصاحب مراجع الدراية ، وأما المراد بمن قال فى قوله ومن الشارحين من قال فالظاهر أنه هو صاحب غاية البيان إذ لم يقل أحد من الشارحين بما يشبه القول المذكور سوى صاحب الغاية ، إلا أن ما نقله صاحب العناية ليس عين عبارة صاحب الغاية أيضا ، فإن عين عبارته هكذا : هذا الفرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم فى قطع الطرف على ماذهب إليه صاحب الهداية ، والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيها بلا خيار . وقد مر من قبل هذا اه . ولا يخفى على ذى مسكة أنه لا يرد على هاتيك العبارة شيء من وجهى نظر صاحب العناية ، لأن مدار ورودهما على حل مراد المصنف على تسوية مأكول اللحم وغير مأكوله فى الحكم ، وعبارة صاحب الغاية تنادى على حل مراده على الفرق بينهما حيث قال : هذا الفرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم فى قطع الطرف على ماذهب إليه صاحب الهداية تبصر . ثم قال صاحب الهداية : والظاهر من كلام المصنف نفي خيار المالك بين

مأكوله حيث قال فى الأول : إنه إلتلاف من وجه ، وفى الثانى لوجود الاستهلاك من كل وجه ، والظاهر من كلامه نفي اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين إسكابه الجنة وتضمين نقصانها ، ويكون ذلك اختيارا منه ، وإن كان نقل الكتب على خلافه فإنه ذكر فى الذخيرة والمغنى فقال : وفى المتن هشام عن محمد رحمه الله : رجل قطع يدهما أو رجله وكان لما بقي قيمة فله أن يسلك ويأخذ النقصان (قوله بخلاف قطع طرف العبد المملوك) متعلق بقوله للمالك أن يضمه جميع القيمة . وحاصل الفرق بين الآدى وغيره أن الآدى يقطع طرف منه لا يصير مستهلكا من كل وجه ، بخلاف الدابة فلها بعد ذلك لا ينتفع بها بما هو المقصود بها من الحمل والركوب وغير ذلك . قال (ومن خرق ثوب غيره) اختلف الثامن فى الحد الفاصل بين الخرق اليسير والقاحش ، فقال بعضهم : ما أوجب نقصان ربع القيمة فهو قاحش ، وما أوجب دونه فهو يسير . وقال بعضهم : ما أوجب نقصان نصف القيمة فهو قاحش ، وما أوجب دونه فهو يسير . وأشار فى التصورى إلى أن القاحش ما يبطل به عامة المنافع . قيل : معناه أن

أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع ، والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة ، واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة ، وإنما يدخل فيه التقصان ، لأن محمدا جعل في الأصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع . قال (ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى قبل له

تضمن قيمتها وبين إمساك الخلة وتضمن تقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وإن كان نقل الكتب على خلافه ، فإنه ذكر في اللخيرية والمغنى فقال : وفي المتنق : هشام عن محمد : رجل قطع يد حمار أورجله وكان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ التقصان اه كلامه . أقول : لما منع مخالفة ما اختاره المصنف لنقل الكتب المذكورة ، لأن ما رواه هشام عن محمد رحمه الله من جواز اختيار الإمساك وأخذ التقصان فيها إذا قطع طرفا من غير مأكول اللحم مقيد بأن كان لما بقي قيمة كما ترى ، ويجوز أن يكون ما اختاره المصنف وجوب تضمن جميع القيمة فيما إذا لم يكن لما بعد قطع الطرف قيمة ، بدلالة قوله لوجود الاستهلاك من كل وجه على ذلك لأنه لا يوجد الاستهلاك من كل وجه فيما إذا كان لما بقي بعد قطع الطرف قيمة . بل يبقى فيه منفعة القيمة فيصير مالكا من وجه دون وجه ، وكان صاحب الكفاية تنبه لذلك حيث قال في شرح قول المصنف : ولو كانت البداية غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها لمالك أن يضمه جميع قيمتها : أي الواجب هنا جميع القيمة إذا لم يكن للداية منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه . أما إذا كان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ التقصان ، ونقل ما في

لا يبق للباقي منفعة الثياب بأن لا يصلح لثوب مآ . قال المصنف رحمه الله (والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين) قبل يعني من حيث الظاهر والغالب ، إذ الظاهر أن الثوب إذا قطع يفوت شيء من أجزائه (وجنس المنفعة) يعني أن لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه ويبقى بعضه (واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وإنما يدخل فيه التقصان) يعني من حيث المالية بسبب قوأت الجوده ، وإنما كان ذلك صحيحا دون غيره (لأن محمدا رحمه الله جعل في الأصل قطع الثوب نقصانا فاحشا) فقال : وإذا غصب ثوبا فقطعه قميصا ولم يخطه فله أن يأخذ ثوبه وضمه ما نقصه القطع ، وإن شاء ترك الثوب عليه وضمه قيمة الثوب ، ولا شك أن الفائت به بعض المنافع لأنه بعد ما قطع قميصا يصلح للقميص وإن كان لا يصلح للقباء وأمثاله . والمساقت من القيمة أقل من الربع ، ومع هذا اعتبره محمد رحمه الله فاحشا . وإذا عرف هذا فن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن تقصانه والثوب لمالكه لأن العين قائم من كل وجه وإنما دخله عيب فيضمه ، وإن خرقه خرقا كبيرا فللمالك أن يضمه جميع قيمته ويترك الثوب عليه لأنه استهلك من هذا الوجه . فإنه قبل القطع كان صالحا لاخاذ القباء والقميص وبمده لم يبق ذلك فكان مستهلكا من وجه ، فإن شاء أخذ الثوب وضمه للتقصان لأنه تعيب من وجه من حيث أن العين باق . وكذا بعض المنافع قائم فيميل إلى جهة الاستهلاك وضمه جميع القيمة : أو إلى جانب البقاء وأخذ العين وضمه تقصان القطع ، ووضع المسئلة بلفظ الثوب إشارة إلى أن الحكم عام في الذي يلبس كالقميص وغيره وفيما لم يلبس كالكرباس . قال (ومن غصب أرضا) كلامه واضح لا يحتاج إلى شرح ، لكن كان القاضي الإمام أبو علي النسفي يحكي عن الكرخي رحمه الله أنه ذكر في بعض كتبه تفصيلا فقال : إن كانت قيمة الساحة أقل من قيمة البناء فليس له أن يأخذها . وإن كانت قيمة الساحة أكثر فله أن يأخذها . قالوا : هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد رحمه الله حيث قال في لؤلؤة سقطت من يد إنسان فابتلعها دجاجة إنسان ، ينظر إلى قيمة الدجاجة واللؤلؤة ، فإن كانت قيمة الدجاجة أقل يغير صاحب اللؤلؤة إن شاء أخذ الدجاجة وضمن قيمتها لمالكه وإن شاء ترك اللؤلؤة وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة ، وكذا إذا دخل قرن الشاة في قدر الباقلائي وتعلز لإخراجها ، ينظر أيهما كان أكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه وبتملك مال صاحبه ويتخير

(قوله يؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه) أقول : أي يؤمر صاحب الأكثر قيمة بأمر تخيير ، والتضمير في قوله إلى صاحبه راجع إلى الآخر .

أقلع البناء والغرس وردّها (لقوله عليه الصلاة والسلام) ليس لعرق ظالم حق ، ولأن ملك صاحب الأرض باق ، فإن الأرض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ، ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها ، كما إذا شغل ظرف غيره بطعامه (فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكونان له) لأن فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما . وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه لأن حقه فيه ، إذ لا قرار له فيه فتقوم الأرض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر أو بناء ، لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما . قال (ومن غصب ثوبا فصبغه أحر أو سويقا فلكه بسمن فغصبه بالخيار ، إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب ، وإن شاء أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما) وقال الشافعي في الثوب : لصاحبه أن يمسه وبأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة

المتقى من رواية هشام عن محمد رحمه الله (قوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم) ليس لعرق ظالم حق) صححه في المغرب بتبوين عرق حيث قال : أي لذى عرق ظالم ، وهو الذي يفرس في الأرض غرسا على وجه الاختصاص ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا ، وقد روى بالإضافة ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه ، كذا في العناية وغيرها . أقول : فيما ذكر في المغرب شيء ، وهو أنه قدر المضاف أولا حيث قال : أي لذى عرق ظالم ، وجعل وصف العرق بالظلم مجوزا ثانيا ، وبينهما تنافر لأنه إذا قدر المضاف يصير ظلم صفة لا لعرق كما قالوا في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرّم منه حق عليه أن قوله محرّم صفة ذا وجره للجوار فيتم معنى الكلام على حقيقة فلا يكون للصغير إلى التجوز وجه ، وعن هذا ذكر الخضرى في الفائق ما ذكره المطرزي في المغرب خلا القول بوصف العرق بالظلم على سبيل التجوز ، اللهم إلا أن يكون مراد صاحب المغرب بقوله أي لذى عرق ظالم مجرد تصوير المعنى ، لا أن هناك مضافا محلوفا مقبلا . وقال بعض الفضلاء : ولا مجال لكون ظالم نعتا لذى لأنه معرفة اه . أقول : هذا الكلام من مثل ذلك أمر عجيب ، فإن ذا الذي بمعنى صاحب لا يكون إلا مضافا ، ويكون نكرة إن أضيف إلى نكرة ، ومعرفة إن أضيف إلى معرفة . وعن هذا قال الجوهري في صحاحه : وأما ذوالننى بمعنى صاحب فلا يكون إلا مضافا ، فإن وصفت به نكرة أضيفت إلى نكرة ، وإن وصفت به معرفة أضيفت إلى الألف واللام ، ولا يجوز أن تضيفه إلى مضمرة ولا إلى زيد وما أشبه اه . ولا ريب أن المضاف إليه الذي فيها نحن فيه هو عرق نكرة فيكون المضاف أيضا نكرة ، فلا معنى لقوله ولا مجال لكون ظالم نعتا لذى لأنه معرفة ، وكأنّ وهم ذهب إلى ذى الذى هو مؤنث ذا من أسماء الإشارة التى هى من أنواع المعارف ، ونعم ما قالوا : لكل جواد كوبة ، ولكل صارم نوبة (قوله ولأن ملك صاحب الأرض باق فإن الأرض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها الخ) أقول : لتوهم أن يتوهم أن قوله في التعليل والغصب لا يتحقق فيها يتناقض وضع المسئلة في الغصب بأن قال : ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى . فالجواب أن المراد بالغصب المذكور في وضع المسئلة هو منعه الغرس ، وبالفصيص المنى تحققة في الأرض في أثناء

بعد ذلك في تلف أبيها شاء ، وله أمثال غير ما ذكرنا . وقوله عليه الصلاة والسلام) ليس لعرق ظالم حق) صححه في المغرب بتبوين عرق : أي لذى عرق ظالم ، وهو الذي يفرس في الأرض غرسا على وجه الاختصاص ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا ، وقد روى بالإضافة أي ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه . وقوله (فتقوم الأرض الخ) يعتبر قيمة الأرض بدون الشجر عشرة دنانير مثلا ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر فيضمن صاحب الأرض خمسة دنانير للغاصب فيسلم الأرض والشجر لصاحب الأرض وكذا البناء (قوله ومن غصب ثوبا الخ) ظاهر ، وقوله (اعتبارا بفصل الساحة) يعني

(قوله وقوله عليه الصلاة والسلام) ليس لعرق ظالم حق) صححه في المغرب ، إلى قوله : بل يؤمر بقلعه (أقول : ولا مجال لكون ظالم نعتا لذى لأنه معرفة .

بئى فيها لأن التمييز ممكن ، بخلاف السمن فى السوق لأن التمييز متعذر. ولنا ما بينا أن فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الأصل ، بخلاف الساحة بئى فيها لأن التقص له بعد التقص ، أما الصبغ فيتلاشى ، وبخلاف ما إذا انصبغ بهبوب الريح لأنه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الأصل الصبغ . قال أبو عصمة فى أصل المسئلة : وإن شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته أبيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لأن له أن لا يملك الصبغ بالقيمة . وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين فى البيع ويتأق ، هذا فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه ، وقد ظهر بما ذكرنا لوجه فى السوق ، غير أن السوق من ذوات الأمثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته . وقال فى الأصل : يضمن قيمة السوق ، لأن السوق يتفاوت بالقليل فلم يبق مثليا . وقيل المراد منه المثل سياه به لقيامه مقامه ، والصفرة كالحمرة . ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة ، وعندهما زيادة . وقيل هذا اختلاف عصر وزمان . وقيل إن كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان ، وإن كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة . وقد عرف فى غير هذا الموضع . ولو كان ثوبا تنقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهما فتراجعت بالصبغ إلى عشرين ، فمن محمد أنه ينظر إلى ثوب تزيد فيه الحمرة . فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم ، لأن إحدى الخمستين جبرت بالصبغ .

التعليل هو معناه الشرعى على أصل آئمتنا فلا منافاة . وقال صاحب غاية البيان : قد مر فى أوائل كتاب الغصب عند قوله والغصب فيما ينقل ويحول أن عبارات مشايخنا اختلفت فى غصب اللدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبى يوسف . فقال بعضهم : يتحقق فيها الغصب ، ولكن لأعلى وجه يوجب الضمان ، وإليه مال القلورى فى قوله وإذا غصب عقارا فهلك لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبى يوسف ، فعلى هذا لا يرد السؤال على قوله ومن غصب أرضا . وقال بعضهم : لا يتحقق فيجانب عنه بأن يقال : لما تصور بصورة الغصب سياه غصبا كما فى قوله تعالى - إلا إيليس - لأنه تصور بصورة الملائكة اه كلامه . أقول : قد مر منا أيضا هناك أنه لم يقل أحد من مشايخنا إن الغصب الشرعى يتحقق عند أبي حنيفة وأبى يوسف فى العقار ، ولو قال ذلك كما أن فى فصل الساحة يؤمر بالقطع إذا لم تتضرر الأرض به ، فكذلك هاهنا لأن فى كل منهما شغل ملك الغير بملكه . وقوله (لأن التمييز ممكن) يعنى بالعصر . وقوله (ولنا ما بينا) يعنى فى مسئلة الساحة بالجميع بقوله وجه آخر لنا . وقوله (والخيرة لصاحب الثوب) جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ : يعنى إن شاء سلم الثوب إلى مالكه وضمنه قيمة صبغه ، وإن شاء ضمن قيمة الثوب أبيض . وبيانه أن تخيير كل منهما متعذر لجواز وقوع التناق بينهما ، وتخيير المالك أولى لأن الثوب أصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له ، والسوق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ (قال أبو عصمة (المروزى رحمه الله (فى أصل المسئلة) يعنى فى قوله ومن غصب ثوبا فصبغه أمر . واحتراز بهذا القيد عن أن يتوهم أن هذا الحكم الذى ذكره أبو عصمة متصل بما يليه من مسئلة الانصباغ وإن كانت مسئلة الانصباغ كذلك ، لكن وقع من أبى عصمة فى أصل المسئلة تقيده بذلك تصحيحا للقول (وقد ظهر بما ذكرنا) فى مسئلة الصبغ والانصباغ (الوجه) يعنى جواب المسئلة وتعليلها (فى السوق) من حيث الخلط والاختلاط بخير فعل (غير أن السوق من ذوات الأمثال فيضمن مثله ، والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته . وقال فى الأصل : يضمن قيمة السوق لأن السوق يتفاوت بالقليل فلم يبق مثليا . وقيل المراد منه) أى من القيمة (المثل سياه به) أى سعى المثل بالقيمة لقيامه مقامه) أى لقيام المثل مقام المغموب ، وذكر الضمير فى منه وبه بتأويل مايقوم (قوله فمن محمد رحمه الله أنه ينظر إلخ) معناه إن نظر إلى ثوب تزيد فيه الحمرة فإن كانت الزيادة خمسة مثلا يأخذ ثوبه وخمسة دراهم ، لأن صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة : فالخمس بالخمس قصاص ، ويرجع عليه بما بقى من النقصان وهو خمسة ، وهذا رواية هشام عن محمد رحمه الله .

(قوله قال أبو عصمة المروزى) أقول : هو سعد بن معاذ المروزى تلميذ إبراهيم بن يوسف تلميذ أبى يوسف رحمه الله .

(فصل)

ومن غصب عينا فقيمتها المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا . وقال الشافعي : لا يملكها لأن الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر . ولنا أنه ملك البدل بكماله ، والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه ، بخلاف المدبر لأنه غير قابل للنقل لحق المدبر ،

لما صح منه أن يقول لائل وجه يوجب الضمان ، فإن وجوب الضمان عند هلاك المصنوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند أحد ، وإنما اغتر صاحب الغاية باستعمال بعض المشايخ لفظ الغصب في العقار . وتوجيه ذلك على طرف التمام يحمله على المعنى اللغوي كما قررناه آتفاء ، فلا وجه لبناء عدم ورود السؤال على قوله ومن غصب أرضا على القول بتحقيق الغصب الشرعي في العقار ، على أنه لو بني عليه لورد السؤال على قول المصنف في تعليل ذلك ، والغصب لا يتحقق فيها إذ يلزم حينئذ أن لا يطابق التعليل المحلل . وأما الجواب الذي ذكره صاحب الغاية على تقدير عدم القول بتحقيق الغصب في العقار بأنه لما كان في صورة الغصب سببا غصبيا فله وجه ، ولكن فيما ذكرناه من الحمل على المعنى اللغوي متدوخة عنه كما لا يخفى .

(فصل)

لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب كما هو دأب المصنفين ، كلنا في النهاية ، وذكره صاحب العناية أيضا بعبارة أقصر . أقول : فيه كلام وهو أن المذكور في الفصل السابق ما يوجب الملك للغاصب بفعله وعمله لا بالضمان كما يشعر به هناك عنوان الفصل حيث قال : فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ويدل عليه قطعا قوله : وإذا تغيرت العين المخصوصة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المصنوب منه عنها وملكها الغاصب ، ولو سلم ذلك كان ينبغي أن يذكر في الفصل السابق ما ذكر في صدر هذا الفصل وهو قوله ومن غصب عينا فقيمتها فقيمتها المالك قيمتها ملكها فإنه من قبيل ما يوجب الملك للغاصب بالضمان صريحا (قوله وقال الشافعي : لا يملكها لأن الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر . ولنا أنه ملك البدل بكماله ، والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه) قال صاحب العناية بعد شرح كلام المصنف : وكلامه يشير إلى أن سبب الملك هو الغصب وإلا لم يكن

(فصل)

لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب . قال (ومن غصب عينا فقيمتها) فللمالك بالخيار ، إن شاء صبر إلى أن توجد ، وإن شاء ضمه قيمتها ، فإن اختار تضمين القيمة فقيمتها الغاصب ملكها عندنا خلافا للشافعي رحمه الله . قال (الغصب عدوان محض ، وما هو كذلك لا يصلح سببا للملك) كما لو غصب مدبرا وغيره وضمن قيمته فإنه لا يملكه بالاتفاق (ولنا المالك ملك البدل وهو القيمة بكماله) يعني بذا ورقية ، وكل من ملك بدل شيء خرج المبدل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن مالك البدل ، لكن بشرط أن يكون البدل قابلا للنقل من ملك إلى ملك والمدبر ليس كذلك ، وكلامه يشير إلى أن سبب الملك هو الغصب وإلا لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسباً وهو مذموب القاضي أبي زيد رحمه الله ، فإنه قال في الأبرار : قال علماءنا رحمهم الله : الغصب يفيد الملك في المصنوب عند القضاء

(فصل)

(قوله لما فرغ من كيفية) أقول : الظاهر تبديل الكيفية بالبيان (قوله ما يوجب الملك) أقول : أي بعمل الغاصب (قوله فإنه لا يملكه بالاتفاق) أقول : لكن التعليل غلط ، فثبت الشافعي لأن الغصب لا يصلح أن يكون سبب الملك ، وعندنا لأن المدبر لا يقبل النقل كما يحكي (قال المصنف : والمبدل قابل للنقل) أقول : قوله والمبدل حال أو عطف بيان (قوله وإلا لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسباً)

نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن. قال (والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه) لأن المالك يدعى الزيادة وهو ينكر، والقول قول المنكر مع يمينه (إلا أن يقيم المالك البيعة بأكثر من ذلك) لأنه أثبت بالحجة الملزمة.

تعليق الشافعي بذلك مناسباً ١٥. وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال: فيه بحث، فإن عدم مناسبتها ليمينها، غاية أن يكون وجهها آخر لنا في الجواب ١٥. أقول: كيف ليمينها عدم مناسبة تعليقه وهو خصصنا في هذه المسئلة، وتزيف دليل خصصنا بما يمينها لاحالة، فلم يكن سبب الملك هو الغصب عندنا لكان ينبغي على المصنف بيان عدم مناسبة تعليقه لما قلنا ليزيف به دليله. فإن قيل: قد استغنى المصنف عن تزيف دليله بهذا الوجه بما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البذل بكأله الخ كما أشار إليه ذلك البعض بقوله غايته أن يكون وجهها آخر لنا في الجواب. قلنا: ما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البذل الخ لا يصلح جواباً آخر عما قاله الشافعي، ولا يتدفع به إشكال أن يكون ما هو عدوان محض سبب الملك كما ذكره الشافعي في تعليقه. فلم يكن سبب الملك عندنا هو الغصب لما ترك منع كون الغصب سبباً للملك عندنا في الجواب عما قاله الخصم، فهل يستغنى العاقل عن مثل هذا الأمر الجلي القاطع عند إمكان التثبت به بمثل ما ذكره المصنف مما هو كثير من المقدمات خفي الدلالة على دفع ما قاله الخصم كما ترى، فصح ما ذهب إليه صاحب العناية من أن سوق كلام المصنف هاهنا يشير إلى أن سبب الملك عندنا هو الغصب كما صرح به القاضي أبو زيد في الأمر حيث قال: قال علماؤنا: الغصب يقيد الملك في المنصوب عند القضاء بالضمان أو الرضى عليه (قوله إلا أن يقيم المالك البيعة بأكثر من ذلك) فإن عجز المالك عن إقامة البيعة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بيعة تشهد

بالضمان أو الرضى. قال خمس الأئمة رحمه الله في الميسوط: وهذا وهم، فإن الملك لا يثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسم له الولد، ولو كان الغصب هو السبب لكان إذا تم الملك بذلك السبب يملك الزوائد المنفصلة ومع هذا في هذه العبارة بعض الشبهة، فالغصب عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه، فيكون سببه مشروعاً مرغوباً فيه، ولا يصلح أن يجعل العدوان المحض سبباً له، فإنه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به، ولا يجوز إضافة مثله إلى الشرع. وقيل فيه نظر لأنه لا يراد بكون الغصب سبباً للملك عند أداء الضمان أنه يوجب مطلقاً بل بطريق الاستناد، والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنفصلة. وقوله (نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء) جواب عما يقال: لا نسلم أن المدبر لا يقبل النقل، فإن ماله لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ التدبير. وتقديره القول بالموجب: يعني نعم هو كذلك، لكن هو في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه، فحينئذ كان البيع مصادفاً للقن لا للمدبر فيجوز بيعه لمصادفته القن بهذا الطريق، وأما ما نحن فيه فلم ينقش التدبير والكلام فيه. قال (والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه) إذا اختلفا في قيمة المنصوب فالقول فيها قول الغاصب مع يمينه (إلا أن يقيم المالك البيعة بأكثر من ذلك) فحينئذ لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك (لأنه أثبت بالحجة الملزمة) فإن عجز عن إقامة البيعة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بيعة تشهد بقيمة المنصوب لم تقبل بيئته، بل يخلف على دعواه لأن بيئته تنفي الزيادة، والبيعة على النفي لا تقبل. وقال بعض مشايخنا رحمه الله: ينبغي أن تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى رد الوديعة فإن القول قوله، ولو أقام البيعة على ذلك قبلت. وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله يقول: هذه المسئلة عدت مشكلة. ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو الصحيح، لأن المودع ليس عليه إلا اليمين، وإقامة البيعة أسقطها وارتفعت الحسومة. وأما الغاصب فعليه هاهنا اليمين والقيمة. وإقامة البيعة لم يسقط إلا اليمين فلا يكون في معنى الوديعة. وكان المصنف رحمه الله اختار قول من

أقول: فيه بحث، فإن عدم مناسبتها ليمينها، غاية أن يكون وجهها آخر لنا في الجواب (قوله وقيل فيه نظر) أقول: القائل هو الإقنان (قوله بل بطريق الاستناد، والثابت به ثابت من وجه دون وجه، فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنفصلة) أقول: وكذلك في البيع الموقوف يملكه مستأداً كما مر في البيع مع أنه يملك الزوائد المنفصلة (قوله فلا يكون في معنى المودع) أقول: ينظر فإن للغاصب مدح صورة

قال (فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو بيئته أقامها أو ينكول الناصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو الناصب) لأنه تم له الملك بسبب اتصال به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار . قال (فإن كان ضمنه بقول الناصب مع يمينه فهو بالخيار ، إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين ورد العوض) لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة وأخذته دونها لعدم الحجة ، ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير فكل ذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الأصح خلافا لما قاله الكرخي رحمه الله أنه لا خيار له ، لأنه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يبدعه والخيار لفوات الرضا . قال (ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه . وإن أعنته ثم ضمن القيمة لم يميز عنته) لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة ، ولهذا يظهر في حق الأكساب دون الأولاد ، والناقص يكتفى لتقود البيع دون

بقية المخصوص لم تقبل بيعته ، بل يخلف على دعواه لأن بيئته تنفي الزيادة ، والبيئته على النفي لا تقبل . وقال بعض مشايخنا : ينبغي أن تقبل لإسقاط اليمين كالودع إذا ادعى ردّ الوديعة فإن القول قوله ، ولو أقام البيئته على ذلك قبلت ، وكان القاضي أبو على النسبي يقول : هذه المسئلة عدت مشكلة . ومن المشايخ من فرق بين هذه ومسئلة الوديعة ، وهو الصحيح لأن الودع ليس عليه إلا اليمين ، وبإقامة البيئته أسقطها وارفع الخصومة . وأما الناصب فعليه هاتان اليمين والقيمة . وبإقامة البيئته لم يسقط إلا اليمين فلا يكون في معنى الودع ، كذا في العناية وغيرها . أقول : فيما ذكرنا من وجه الفرق نظر ، فإنه إنما يفيد أن لا يكون الناصب في هذه المسئلة كالودع من جميع الوجوه حيث وجب على الناصب اليمين والقيمة ولم يجب على الودع إلا اليمين

قال : ذكر أوصاف المخصوص في دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يذكره وهو الأصح . قال محمد رحمه الله في الأصل : إذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه جارية له وأقام على ذلك بيئته يحبس المدهى عليه حتى يحمي بها ويردها على صاحبها . قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله : ينبغي أن تحذف هذه المسئلة ، لأنه قال : أقام بيئته أنه غصب جارية له ولم يبين جنسها وصفها وقيمتها ، وإنما كان ذلك أمح لأجل الضرورة ، فإن الناصب يتمتع عن إحضار المخصوص عادة ، وحين يغصب إنما يتأتى من الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم بأوصاف المخصوص ، فسقط اعتبار علمهم بالأوصاف لأجل التعلل ، ويثبت بشهادتهم فعل الغصب في محل هو مال متقوم ، فصار ثبوت ذلك بالبيئته كثبوته بإقراره فيحس حتى يحمي به ، وعلى هذا لا يحتاج إلى تأويل أبي بكر الأعمش ، وهو ما قال : تأويلها أن للشهود شهدوا على إقرار الناصب بذلك ، فأما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المخصوص ، لأن المقصود إثبات الملك للمدعي في المخصوص والتضامن بالجهول غير ممكن (فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن) فلما أن يكون ضمن بعد تمام الرضا أولا ، فإن كان الأول كما لو ضمنها بقول المالك أو بيئته أقامها المالك أو ينكول الناصب عن اليمين فلا خيار للمالك واليمين للناصب ، لأنه تم له الملك بسبب اتصال به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار . وإن كان الثاني كما لو ضمنه بقول الناصب مع يمينه فله الخيار ، إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين ورد العوض ، لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة ، فإن قيل : أخذه القيمة وإن كانت ناقصة يدل على تمام الرضا فكانت كالمسئلة الأولى . أجاب بقوله (وأخذته دونها) أي أخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضا . لأنه إنما أخذ ذلك للضرورة وهي عدم الحجة فلا يدل على رضاه ، بخلاف المسئلة المتقدمة لأن دعواه تلك القيمة كانت باختياره (ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير) يعني ما إذا ضمنه بقول الناصب مع يمينه (فكل ذلك الجواب) أي فهو بالخيار ، إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين ورد العوض (في ظاهر الرواية) وقال الكرخي رحمه الله : لا خيار له في أسر دأدها لأنه توفر عليه بدل ملكه بكاله (وهو) أي ظاهر الرواية (الأصح) لأنه لم يتم رضاه بزيوال للعين عن ملكه حيث لم يعط ما يبدية من القيمة ، وما لم يتم الرضا لم يسقط الخيار . قال (ومن غصب عبدا فباعه الخ) ومن هذه الجهة قبلت بيئته للودع وبيئته يدعى امتن الناصب إذا اختلف في من السئلة كما مر في البصري (قوله حيث لم يذكره وهو الأصح)

الحق كلك المكاتب . قال (وولد المغصوبة ونماؤها ، وثمرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه ، إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فيمتنعها إياه) وقال الشافعي : زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لوجود الغصب ، وهو إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه ، كما في الظلية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه . ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ، ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب .

وهذا لا ينافي صحة قياس هذه المسئلة على مسئلة الوديعة في قبول البيعة لإسقاط العين ، لأن الاتحاد بينهما في هذه الجهة كاف في صحة القياس ، ولا يضرها وجوب القيمة على الغاصب ، لأن الواجب عليه في إذا عجز المالك عن إقامة البيعة على الأكثر إنما هو على الأقل الذي كان معترفا به ، وليس مقصوده من إقامة البيعة عليه إلا مجرد إسقاط العين على الزيادة عن نفسه ، وإذا حصل له هذه الفائدة صار في معنى المودع من جهة اتحاد قائمة قبول البيعة فتدبر (قوله ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ، ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب) واعترض بأن هذا يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حاملا لأن اليد كانت ثابتة عليه ، وليس كذلك فإنه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت ، والرواية في الأسرار . وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال ، بل يعد شيئا في الأمة فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير كذا في العناية وكثير من الشروح . أقول : في الجواب بحث ، لأن الحمل قبل الانفصال لو لم يكن مالا لما صح إحاقته وتدييره ، إذ الظاهر أن على الإعتاق والتدبير لا يكون إلا مالا مملوكا ، وقد تقرر في محله أنه يصح إحاقته وتدييره فيلزم أن يكون مالا . ولئن سلم أن على الإعتاق والتدبير لا يلزم أن يكون مالا بل يكفي أن يكون ملكا ، وأن الملك يجوز أن يتحقق في غير المال أيضا . فالجواب المذكور لا يصلح عبارة الكتاب ، لأن الحاصل منه أن وجه عدم ضمان الولد فيها إذا غصب الجارية حاملا هو عدم كون الحمل قبل الانفصال مالا ، لا أن يد المالك ما كانت ثابتة عليه ، وقد قال في الكتاب : ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ، ولا شك أن هذه العبارة لا تتناول ما إذا غصب الجارية حاملا مع أنه لا يضمن الزيادة في هاتيك الصورة أيضا كما ذكر في الأسرار ، فلم يتدفع ورود

ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه ، وإن اعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عقده لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة اجتناع البذل والميل في ملك شخص واحد ولهذا يظهر في حق الأكساب دون الأولاد على ما نذكر ، والناقص يكفي لنفوذ البيع دون الإعتاق بالنص كلك المكاتب فإن له أن يبيع عبده وليس له أن يعتقه ، وقيد بإعتاق الغاصب ثم بتضمينه احتراز عن إعتاق المشتري من الغاصب ثم بتضمين الغاصب فإن فيه روايتين : في رواية يصح إحاقته ، وهو الأصح قياسا على الوقت . وفي رواية لا يصح وقد تقدم في بيع الفضول (وولد المغصوبة ونماؤها) كالمسلم والجمل (وثمره البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب لا تضمن إلا بالتعدي أو بالحدود عند طلب المالك) والأكساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من غناه في شيء حتى تضمن بالتعدي لما أنها عرض عن منافع المغصوب ، ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا بدلها (وقال الشافعي رحمه الله : زوائد المنصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة) بناء على أن حد الغصب عنده إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو موجود في هذه الصورة . فكان الظلية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده فإن الولد يكون مضمونا عليه لوجود سبب الضمان في حق الأم وإن لم يكن هناك منع من الخرج (ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا) في أول كتاب الغصب ، وإثبات اليد على ذلك الوجه ليس بموجود فيها نحن فيه لأنها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب . واعترض بأن هذا يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حاملا ، لأن اليد كانت ثابتة عليه ، وليس كذلك فإنه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت ، والرواية في الأسرار . وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد شيئا في الأمة فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير ، أقول : فيه تأمل (قوله دون الإعتاق بالنص) أقول : قال النبي عليه الصلاة والسلام « لا حق فيما لا ملك ابن آدم »

ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها ، إذ الظاهر عدم المنع ، حتى لو منع الولد بعد طلبه بضمته ، وكذا إذا تعدى فيه كما قال في الكتاب : وذلك بأن ألقه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه . وفي الظنية المخرجة لا يضمن ولدها إذا هلك قبل التمكن من الإرسال لعدم المنع ، وإنما يضمنه إذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع . على هذا أكثر مشايخنا . ولو أطلق الجواب فهو ضمان جنائية :

الاعتراض المذكور على عبارة الكتاب كما لا يخفى (قوله ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها إذ الظاهر عدم المنع) أقول : هذا إنما يتم فيما إذا غصب الجارية غير حامل فحبلت في يد الغاصب ، وأما فيما إذا غصبها حاملا فلا ، لأن الولد في هذه الصورة كان جزءا من أمه حين الغصب فكان إزالة يد المالك عن أمه مستلزما لإزالة عنها أيضا ضرورة استلزام إزالة اليد عن الكل إزالة عن أجزائه ، فلا يتصور إذ ذاك أن يقال : ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها ، ولا يصح التعليل بأن يقال : إذ الظاهر عدم المنع ، لأن منع الكل إزالة يد المالك عنه منع لجزئه أيضا ، وقد صرحوا بأنه لا فرق بين ما إذا غصبها حاملا وبين ما إذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب في كون الولد غير مضمون عندنا ، فكان التعليل المذكور قاصرا عن زيادة تمام المسئلة . قال صاحب العناية : وعورض بأن الأم مضمونة البتة ، والأوصاف القارة في الأمهات تسرى إلى الأولاد كالحرية والرق والملك في الشراء . وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حتى في ذمة الغاصب فإن وصف به المال كان مجازا له كلامه . وقد سبقه إلى ذكر مضمون هذا السؤال والجواب صاحبا النهاية وممراسم الدراية . أقول : في الجواب نظر ، لأن الضمان مصدر للفعل المتعدي ، يقال : ضمنه ضمانا ، ومثل هذا المصدر تعلق بالفاعل ، وبهذا الاعتبار يصير وصفا له

سلمنا ذلك ، لكن لا إزالة ثمّة ظاهرة ، إذ الظاهر عدم المنع عند الطلب ، حتى لو منعه بعد الطلب أو تعدى فيه قلنا بالضمان كما قال في الكتاب ، وذلك بأن ألقه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه ، وإنما ذكر التسليم لأن التعدى لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فإن تفويت يده يحصل به لأنه كان متمكنا من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم . وعورض بأن الأم مضمونة البتة ، والأوصاف القارة في الأمهات تسرى إلى الأولاد كالحرية والرق والملك في الشراء . وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حتى في ذمة الغاصب ، فإن وصف به المال كان مجازا . فإن قيل : قد وجد الضمان في مواضع فلم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمارة زيفها ، وذلك كتعصّب الغاصب فإنه يضمن وإن يزل يد المالك بل تزال يد الغاصب ، والمتنقط إذا لم يشهد مع القفلة على الإشهاد ولم يزل بها ، والمغرور إذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يدا في حق الولد ، ويضمن الأموال بالإنثلاف تنسبا كحضر البئر في غير الملك ، وليس ثمّة إزالة يد أحد ولا إثباتها . فالجواب أن ما قلنا إن الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة ، وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصبيا فلم يلزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعديا (قوله وفي الظنية المخرجة من الحرم) جواب عن قوله كما في الظنية المخرجة من الحرم . ووجه ذلك أن القياس غير صحيح ، لأنه إن قاس عليها قبل التمكن من الإرسال فهو ظاهر الفساد لأنه لا ضمان فيه عندنا لعدم المنع ، وإن قاس عليها بعد التمكن منه فكل ذلك لأن الضمان فيه باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار أن الأم مضمونة ، وعلى هذا الوجه من الجواب أكثر مشايخنا (وإذا أطلق) يعني لو قيل بوجوب الضمان في ولد الظنية سواء هلك قبل التمكن من الإرسال أو بعده (فهو ضمان جنائية أي إنثلاف لأن صيد الحرم وزواله كان

(قوله سلمنا ذلك ، لكن لا إزالة ثمّة ظاهرة) أقول : فيه بحث ، فإن الإزالة عن الكل إزالة عن الجزء (قوله فإن تفويت يده يحصل به) أقول : فإن قيل : ما كانت يده ثابتة حتى يفوت . قلنا : فرق بين التفويت والإزالة ، فالأول لا يقتضي البتوت (قوله وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم ، بل هو لزوم حتى يلق) أقول : فيه تأمل (قوله والمغرور إذا منع الولد يضمن به الولد) أقول : فإن ولد المغرور حر بالقيمة (قوله لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا إلخ) أقول : فيه تأمل ، إذ حيث لا يستل بالانتفاء بالنسب على انتفاء الضمان كما في مسلمتنا ، مع أن المستلطين الأولين دللتا على أن مجرد إثبات اليد كاف في الضمان .

ولهذا يتكرر بتكررها ، ويجب بالإعانة والإشارة ، فلأن يجب بما هو فوقها وهو إثبات اليد على مستحق الأمن أولى وأحرى . قال (وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الناصب ، فإن كان في قيمة الولد وفاء به انجر

وتعلق بالمقول به ، وبهذا الاعتبار يصير وصفا له أيضا . وقد صرح به المحقق التفتازاني في التلويح في فصل ألفاظ العام وحققه حيث قال : إن الفعل المتعدي محتاج إلى المفعول به في التعلق والوجود جميعا ، وإلى المفعول فيه في الوجود فقط . وقال : وله تعلق بالفاعل ، وبهذا الاعتبار هو وصف له ، وتعلق بالمفعول به ، وبهذا الاعتبار هو وصف له . وقال : ولا امتناع في قيام الإضافات بالمضافين . ورد به قول صاحب الكشف إن الضرب قائم بالضارب فلا يقوم بالمضروب لامتناع قيام الوصف الواحد بشخصين ، فقد ظهر منه أن الضمان كما يوصف به الناصب حقيقة فيقال هو ضامن يوصف به المال أيضا حقيقة فيقال هو مضمون . فقول هؤلاء الشراح فإن وصف بالمال كان مجازا ممنوع جدا . وقال صاحب العناية : فإن قيل : قد وجد الضمان في مواضع ولم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمارة زيفها ، وذلك كفاصب الناصب فإنه يضمن وإن لم يزل يد المالك بل أزال يد الناصب . وكالماتلق إذا لم يشهد القلعة على الإشهاد ولم يزل يد ، والمغرور إذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يد في حق الولد ، ويضمن الأموال بالإتلاف تسببا كحفر البئر في غير الملك وليس ثمرة إزالة يد أحد ولا إثباتها . فالجواب أنما قلنا إن الغصب على التضيير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة . وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا يثبت لكل شخص منه شخص من العلة مما يكون تعديا . إلى هنا كلامه . أقول : هذا الجواب ليس بنام لأنه إنما يفيد أن لو كان المراد بالسؤال المذكور أن قوال الغصب على التضيير المذكور يوجب الضمان غير منمكس لتحقق وجوب الضمان في الصورة المزبورة بدون تحقق الغصب على التضيير المذكور فيها . وأما إذا كان المراد بذلك أن تحليل مسئلتنا بالعلة المذكورة في الكتاب متسق بالصورة المزبورة لأن حاصل هذه العلة أن تفسير الغصب بما ذكرنا لم يتحقق في زوائد المصنوع فلم يجب الضمان فيها ، ولا شك أن ذلك التفسير غير متحقق في الصورة المزبورة أيضا مع وجوب الضمان فيها فلا يلحق ذلك الجواب المذكور ذلك السؤال كما لا يخفى على الفطن . فالأولى في السؤال والجواب ما فصل في النهاية ومراجع النهاية ، فإن شئت فراجعهما (قوله ولهذا يتكرر بتكررها) قال صاحب النهاية في شرح هذا المثل : أي يتكرر الجزاء بتكرر هذه الإحتاية ، فإنه لو أدى الضمان بسبب إخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله في الحرم ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر ، كذا وجدت بخط شيخى ، ولكن يحتمل أن يكون معناه يتكرر وجوب الإرسال بتكرر هذه الإحتاية التي هي الإخراج من الحرم ، وهذا أولى لأنه أوفق لرواية المبسوط في المناسك حيث جعل هناك إيصال صيد الحرم إلى الحرم بمنزلة إيصال

أمننا في الحرم صيدا ، وذلك في بعده عن أيدينا ، فالوقوع في أيدينا تلف لمعنى الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في أيدينا (ولهذا يتكرر) الجزاء (بتكرر هذه الإحتاية) فإنه لو أدى الضمان بسبب إخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ، ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الإرسال بتكرر هذه الإحتاية التي هي الإخراج من الحرم (قوله ويجب) يعنى الضمان بالإعانة والإشارة بالنص فلأن يجب بما هو فوقها وهو إثبات اليد على مستحق الأمن أولى (وما نقصت الجارية بالولادة الخ) ما نقصت الجارية بسبب الولادة في يد الناصب فهو في ضمان الناصب . فلو غصبها فولدت عنده فمات الولد فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة بالذي ثبت فيها بسبب الولادة . لأن الجارية بالنصب دخلت في ضمانه بجميع أجزائها ، وقد فات جزء مضمون منها فتكون مضمونة عليه كما لو فات كلها ، فإن ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح أن تكون جارية لذلك النقصان لم يضمن الناصب شيئا . وقال زفر والشافعى رحمهما الله : لا ينجرر النقصان بالولد لأن الولد ملكه فلا يصلح جابرا للملكة ، كما في ولد الظبية المخرجة من الحرم إذا نقصت قيمتها وقيمة

(قوله فيضمن لذلك بمجرد الوقوع) أقول : الأول أن يقول بتكرر الضمان بدلالة ما قبله وما بعده (قوله معناه يتكرر وجوب الإرسال) أقول : وعلى هذا يلزم فك الضمان (قوله عليه رد الجارية ورد نقصان الولادة الخ) ثبت فيها بسبب الولادة (أقول : قوله التي صفة

التقصان بالولد وسقط ضيائه عن الغاصب) وقال زفر والشافعي : لا ينتجبر التقصان بالولد لأن الولد ملكه فلا يصلح جابرا للملكة كما في ولد الظبية ، وكما إذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الأم وبالولد وفاء ، وصار كما إذا جزّ صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجر غيره أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة فأضناه التعليم . ولنا أن سبب الزيادة والتقصان واحد ، وهو الولادة أو العلوق على ما عرف .

المغصوب إلى يد المغصوب منه . وفي الغصب إذا وصل المغصوب إلى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء ولكن يتكرر وجوب الرد إلى المالك بتكرر الغصب فكذلك هنا ، إلى هنا لفظ النهاية . واقتضى أثره أكثر الشراح في تجويز المعنيين المذكورين هاهنا ، ولكن لم يقل أحد سواه بترجيح المعنى الثاني على الأول ، ومنهم صاحب العناية حيث قال في شرح هذا المثل : ولهذا يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجنابة فإنه لو أدى الضمان بسبب إخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ، ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الإرسال بتكرر هذه الجنابة التي هي الإخراج من الحرم اه كلامه . أقول : لا يجوز عندى للمعنى الثاني هاهنا أصلا فضلا عن أن يكون هو الأول كما زعم صاحب النهاية : فإن قول المصنف يتكرر بتكررها متفرع على قوله فهو ضمان جنابة كما ترى ، ولا يصح هذا الضرع على تقدير حل قوله يتكرر بتكررها على المعنى الثاني ، لأن تكرّر وجوب الإرسال بتكرّر الإخراج من الحرم لا يكون أمارة على كون ضمان ولد الظبية ضمان جنابته لضمان غصب فإن تكرّر وجوب الإرسال بتكرّر الإخراج من الحرم ينتظم كون ضمان ولد الظبية ضمان جنابة وكونه ضمان غصب على السواء كما لا يخفى ، بل رواية المبسوط في المتaskell أوفق لكونه ضمان غصب على ما قرره صاحب النهاية حيث قال : جعل هناك إصعال صيد الحرم إلى الحرم بمنزلة إصعال المغصوب إلى يد المغصوب منه ، وفي الغصب إذا وصل المغصوب إلى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء ، ولكن يتكرر وجوب الرد إلى المالك بتكرر الغصب فكذلك هنا اه تدبر تقف (قوله) ولنا أن سبب الزيادة والتقصان واحد وهو الولادة أو العلوق على ما عرف (ذهب جماعة من الشراح وهم أصحاب الكفاية والنهاية ومراجع الدراية إلى أن قول المصنف على ما عرف إشارة إلى ما يبيىء في مسألة من غصب جارية فزنى بها ، وذهب بعضهم وهو صاحب غايه البيان إلى أنه إشارة إلى ما ذكر في طريقة الخلاف . واختار صاحب العناية الثاني ، وذكر الأول أيضا بطريق النقل حيث قال : يعنى في طريقة الخلاف ، وقيل في مسألة من غصب جارية فزنى بها على ما يبيىء اه . أقول : لا مجال عندى للحلل على الأول أصلا ، لأن المراد بالسبب هاهنا سبب الزيادة والتقصان ، وما يبيىء في مسألة من غصب جارية فزنى بها

ولدها تساوى ذلك التقصان فإنه لا ينتجبر بها ، بل يجب ضمان التقصان مع وجوب ردها إلى الحرم ، وكما إذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الأم وبقيمة الولد وفاء ، وكما إذا جزّ صوف شاة غيره فغبت مكانه آخر ، أو قطع قوائم شجر الغير فغبت قوائم أخرى مكانها ، أو خصى عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاء ، أو علمه الحرفة فأضناه التعليم فإنه لا ينتجبر الصوف بالصوص ، والقوائم بالقوائم ، ولا ما نقص من الجزء بالخصاء والتعليم بما زاد من القيمة فيه . ولنا أن سبب الزيادة والتقصان واحد ، وهو الولادة عندهما والعلوق عند أبي حنيفة رحمه الله على ما عرف ذلك يعنى في طريقة الخلاف . وقيل في مسألة من غصب جارية وزنى بها على ما يبيىء ، وعند ذلك لا يعدّ التقصان نقصانا لأن السبب الواحد أثر في الزيادة والتقصان كانت الزيادة خلفا عن التقصان ، كما يبيىء لما أزال المبيع عن ملكه البائع أدخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن ماله المبيع لا اتحاد السبب حتى أن الشاهدين إذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته قضى القاضي به ثم رجعا لم يضمن شيئا ، وهذا لأن الفوات إلى خلف

التقصان ، وتضييعها واجب إلى الجارية ، وقوله بسبب الولادة متعلق بقوله ثبت (قوله بما زاد من القيمة فيه) أقول : قوله بما زاد متعلق بقوله لا ينتجبر .

وعند ذلك لا يبعد نقصاناً فلا يوجب ضماناً ، وصار كما إذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمتت أو سقطت ثنيهاً ثم نبتت أو قطعت يد المصنوب في يده وأخذ أرشها وأداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع ، وولد الظلية ممنوع ، وكذا إذا ماتت الأم . وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم . إذ الولادة لانفضى إليه غالباً ، وبخلاف ما إذا مات الولد قبل الرد لأنه لا بد من رد أصله للبراءة ، فكذا لا بد من رد خلفه . والخصاء لا يبعد زيادة لأنه غرض بعض القسقة ، ولا اتحاد في السبب فيها وراء ذلك من المسائل . لأن سبب النقصان القطع

سبب الموت ، ولا شك أن ما هو سبب لأحدهما لا يصلح أن يكون سبباً للآخر أيضاً البتة . حتى يصح حوالة معرفة أحدهما على معرفة الآخر ألا يرى إلى قول المصنف فيما ساقى وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم إذ لانفضى إليه غالباً . فإن ذلك صريح في أن الولادة لا تكون سبباً لموت الأم . ويعلم منه دلالة أن العلقو أيضاً لا يكون سبباً له لأن إفضاءه إلى الموت أبعد من إفضاء الولادة إليه كما لا يخفى . مع أنه حكم هاهنا بأن سبب الزيادة والنقصان هو الولادة والعلقو . ثم إن المرفوف في الحوالة على ما يجهى أن يقال على ما يجهى أو على ما سيعرف بصيغة المضارع ، وأما أن يقال في مثل ذلك على ما عرف فلم يعرف قط ، فالوجه هو الحمل على ما عرف في طريقة الخلاف لا غير (قوله وعند ذلك لا يبعد نقصاناً فلا يوجب ضماناً) لأن السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلقاً عن النقصان . كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع دخل الخبز في ملكه فكان الخبز خلقاً عن ماله المبيع لاتحاد السبب ، حتى أن الشاهدين إذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته قضى القاضي به ثم رجعا لم يضمن شيئاً ، وهذا لأن القروات إلى خلف كلا فوات ، وكذا في الشروح . واعترض بأنه لم يخرج جواب للمخيم عن أصل دليله . وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابراً لنقصان وقع في ملكه بل هو على حاله . وأوجب بأن المصنف أشار إلى جوابه بقوله لا يبعد نقصاناً ، فإنه إذا لم يبعد نقصاناً لم ينتج إلى جابر ، في إطلاق الجابر عليه توسع ، هذا زبدة مافي النهاية والعناية . أقول : الجواب منطوقه فيه ، فإن النقصان أمر محقق لا مجال لإنكار وقوعه ، إذ وضع مسئلتنا فيما إذا نقصت الجارية بالولادة ، ولا يرى وجه لأن لا يبعد ذلك النقصان المحقق نقصاناً سوى انجبار ذلك النقصان بالزيادة التي هي الولد ، كما يدل عليه كلام الشراح قاطبة في شرح قول المصنف وعند ذلك لا يبعد نقصاناً كما مر . ويدل عليه قوله في أصل المسئلة فإن كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الفاضل ، ولو كان إطلاق الجابر عليه توسعاً ولم يوجد الجبر حقيقة لم يظهر وجه لأن يبعد نقصان المصنوب الواقع في يد الفاضل نقصاناً موجباً للضمان في سائر المواضع ، وأن لا يبعد نقصان الواقع في يد الفاضل فيما نحن فيه نقصاناً موجباً للضمان عندنا بل يلزم أن يكون ذلك تحكما بحتاً . وحاشا لأئمتنا من ذلك فليتأمل (قوله وصار كما إذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمتت أو سقطت ثنيهاً ثم نبتت) أقول : لقائل أن يقول : لا اتحاد

كلافوات ، وصار كما إذا غصب جارية سمينة ثم هزلت ثم سمتت أو سقطت ثنيهاً ثم نبتت أو قطعت يد المصنوب في يده وأخذ أرشها وأداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع ولم يعتبر النقصان لكونه إلى خلف (قوله وولد الظلية ممنوع) جواب عن قولهما ، وتقريه لا نسلم أن نقصان الظلية بالولادة لا ينجر بقيمة الولد ، وكذا لا نسلم أن الأم إذا ماتت لا تنتجر قيمتها بقيمة أم الولد إذا كان فيها وفاء ، وهذا المنع على غير ظاهر الرواية . وأما تخريجها على الظاهر فهو أن كلامنا فيما إذا كان السبب واحداً وهما هنا ليس كذلك ، فإن الولادة سبب للزيادة وليست بسبب لموت الأم إذ لانفضى إليه غالباً . وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية أخرى ، وهو أنه يجبر بالولادة قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الأم لأن الولادة لا توجب الموت فالتقصان بسبب الولادة دون موت الأم ورد القيمة كرد العين ، ولو رد عين الجارية كان النقصان مجبوراً بالولد فكذا إذا رد قيمتها (وبخلاف ما إذا مات الولد قبل الرد) جواب عن قوله كما إذا هلك الولد قبل الرد . ووجهه أن

(قال المصنف : أو سقطت ثنيهاً ثم نبتت) أقول : قال الزلي : أو قلها الفاضل نبتت مكانها أخرى فردها سقط ضمانها عنه اد . وفيه

والجزء . وسبب الزيادة النمو ، وسبب نقصان التعليم ، والزيادة سببها القهم : قال (ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت في نفاها يضمن قيمتها يوم علقت ، ولا ضمان عليه في الحرية ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا : لا يضمن في الأمة أيضا) لهما أن الرد قد صح ، والملاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة

في السبب في هاتين صورتين ، إذ لاشك أن سبب النقصان وهو المزال في الصورة الأولى وسقوط الثنية في الصورة الثانية يتاير سبب الزيادة وهي السمن في الأولى ونبت الثنية في الثانية . وقد رد المصنف فيها بعد قياس الخصم على نحو جزء صوف شاة وقطع قوائم شجر بعدم الاتحاد في السبب في المقيس عليه فكيف تثبت هاهنا بالقياس على تينك الصورتين مع عدم الاتحاد في السبب فيها أيضا . ثم أقول في الجواب : إن الفرق باتحاد السبب وعدم اتحاده إنما يؤثر في قدح القياس في عدم سقوط الضمان كما هو مدعى الخصم ، إذ لا يلزم من عدم سقوطه عند عدم اتحاد السبب عدم سقوطه عند اتحاده ، إذ يمكن عند اتحاده أن لا يبعد النقصان نقصانا كما ذكره ، بخلاف عدم اتحاده ، إذ لا وجه عنده أصلا لتلا بعد النقصان نقصانا ، ولا يقدح ذلك الفرق في القياس في سقوط الضمان كما هو مدعانا ، لأنه إذا سقط الضمان عند عدم اتحاد السبب مع عدم جواز أن لا يبعد النقصان هناك نقصانا فلأن يسقط الضمان عند اتحاد السبب مع جواز أن لا يبعد النقصان هنا نقصانا أولى كما لا يخفى فتدبر ، فإنه وجه لطيف في الفرق بين القياسين ولم أسبق إلى كشفه ويانه . وقال بعض الفضلاء : والفرق أن الثنية لاقية لما بخلاف القوائم والعصف ١٨ . أقول : ليس هذا بشيء لأن الثنية وإن لم يكن لها قيمة إلا أن سقوطها يورث نقصانا للجارية بلا ريب ، والكلام في نقصان الجارية المنصوبة فلا يفيد ذلك الفرق شيئا فيما نحن فيه (قوله والملاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة)

كلامنا فيما إذا رد الأم بنقصان الولادة هل ينجر النقصان برد الولد ، وإذا كان الولد هالكا كيف ينجر النقصان به ، والخصماء لا يبعد زيادة لأنه غرض بعض السقاة فلم يكن له اعتبار في الشرع ، وما وراء ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر في الكتاب فلا يكون متصلا بمحل الزرع . فلن قيل : المذكور جواب المستشهد بها ، وأصل نكته الخصم وهو أن الولد ملك للمولى فلا يصلح أن يكون جابرا للنقصان وقع في ملكه فهو على حاله . أجيب بأن المصنف رحمه الله أشار إلى جوابه بقوله لا يبعد نقصانا ، وإذا لم يكن نقصانا لم ينتج إلى جابر ، فإطلاق الجابر عليه توسع في العبارة . فإن قيل : لو كان الولد خلفا وبدلا عن النقصان لما بنى ملكا للمولى عند ارتفاعه بضمان الناصب لتلا يجتمع البدلان في ملك واحد . أجيب بأنه ملك المولى لأهالة ، ومن حيث الملك ليس يبطل بل هو بدل من حيث الذات ، فإذا ارتفع النقصان بطلت الخلقية وبقي في ملك المولى . فإن قيل : الولد عنده أمانة فكيف يكون خلفا عن المضمون ؟ فالجواب ما أشار إليه المصنف رحمه الله من عدم عدّه نقصانا لاتضمينه ، وهذا الجواب صالح للدفع عن السؤال الثاني أيضا ، فلهذا رد المصنف ما أطلقه ذهنا ، جزاه الله عن المحصلين خيرا . قال (ومن غصب جارية فزنى بها) قال في الجامع الصغير : محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يغصب الجارية فيزنى بها ثم يردّها فتحبل فتموت في نفاها ، قال : هو ضمان بقيمتها يوم علقت ، وليس عليه في الحرية ضمان . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : لا ضمان عليه في الأمة أيضا إذا ماتت في نفاها بعد ما يردّها ، وتابعه المصنف في قوله ثم يردّها فتحبل بتقديم الرد على الحمل ، ووقع في عامة النسخ بتقديم الحمل على الرد لبيان أن الحمل كان موجودا وقت الرد ، قال : الرد قد صح لأنه أوصل الحق إلى المستحق ، وصحته توجب البراءة عن الضمان . فإن قيل : لا تسلم صحته حيث هلكت بسبب كان عنده . أجاب بقوله (والملاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة) لا يسبب كان عند الناصب وبذلك لا يوجب الضمان على الناصب

أن السبب ليس بمحمّد ، والفرق أن الثنية لاقية لما بخلاف القوائم والعصف (قوله أجيب بأن المصنف أشار إلى جوابه بقوله لا يبعد نقصانا الخ) أقول : ويجوز أن يجاب بالمتن فإنه يجوز بيع المأذون من مولاه وعكسه كما سبق ، وبيع المضارب من رب المال مع أنه يشتري ماله بماله ، وقد مر تفصيله فيباب المراجعة والتولية فراجع (قوله لما بنى ملكا للمولى عند ارتفاعه) أقول : فيه بحث (قوله بضمان الناصب) أقول : أي على ملحق زفر والثالثي (قوله بل هو بدل من حيث الذات) قول : فيه بحث .

فلا يضمن الغاصب : كما إذا حث في يد الغاصب ثم ردها فهلكت . أو زنت في يدها فجعلت فهلكت منه ، وكن اشترى جارية قد حبلى عند البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالخن . وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذ فلم يصح الرد ، وصار كما إذا جنت في يد الغاصب جناية قتلت بها في يد المالك ، أو دفعت بها بأن كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة ، كذا هنا ، بخلاف الحرة لأنها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد . وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم ، وما ذكرنا شرط صحة الرد . والزنا سبب لجلد مؤلم لا جراح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب . قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه إلا أن ينقص باستعماله فيغرم التقصان

أقول : يرد عليه في الظاهر أنه جعل الولادة هاهنا سببا للهلاك . وقد صرح فيها مربأها ليست بسبب للموت حيث قال : وتخريج

(كما إذا حث في يد الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت في يد الغاصب فردها فجعلت فهلكت منه ، وكن اشترى جارية قد حبلى عند البائع) ولم يعلم المشتري بالحبل (فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالخن) فلا يضمن الغاصب قيمتها لكن يضمن نقصان الحبل . ولأن حنيفة رحمه الله أن الرد لم يكن صحيحا ، لأن الصحيح منه أنه يكون على الوجه الذي أخذ ولم يوجد هاهنا ، فإنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك (فصار كما إذا جنت في يد الغاصب قتلته في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجناية خطأ فإنه يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا . بخلاف الحرة) إذا زنى بها رجل مكرهة فجعلت وماتت في نفاسها (لأنها لا تضمن بالغصب) ولهذا لو هلكت عنده لا يضمن فلا يبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد بكونها حبل (قوله وفي فصل الشراء) جواب عن قولهما كن اشترى جارية قد حبلى عند البائع بطريق الفرق ، وهو أن في فصل الشراء الواجب على البائع ابتداء التسليم : أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه ، وموتها بالنفاس لا يعدم التسليم (وما ذكرناه) من وجوب الرد على الوجه الذي أخذه عليه (شرط لصحة الرد) ولم يوجد فكان تمثيل المالم يوجد بشرطه على ما وجد بشرط وهو تمثيل فاسد . قيل : وتحقيقه أن الشراء لم يتناول إلا العين إذ الأوصاف لا تدخل في الشراء ولهذا لا يقابلها شيء من الثمن ، فكان الواجب على البائع تسليم العين الذي هو مال متقوم وقد وجد ، فلا يرجع المشتري عليه بالملاك في يده . وأما الغصب فالأوصاف داخلة فيه ، ولهذا لو غصب جارية مميته فهزلت في يد الغاصب وردت كذا فإنه يضمن التقصان . وإذا دخلت الأوصاف فيه كان الرد بدونها ردا فاسدا . وأما إذا حث في يد الغاصب فلأن سبب الموت ما بها من الحصى والضعف وقت الموت ، ويحتمل أن يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب أو حدثت في يد المالك أو مركبة منهما فلا يضاف إلى سبب قائم في يد الغاصب بالشك (قوله والزنا سبب) جواب عن قولهما أو زنت في يده الخ . وتقريره أن الزنا الذي وجد في يد الغاصب إنما يوجب لجلد المؤلم لا الجراح ولا المتلف ، ولما جلدت في يد المالك بجلد متلف كان غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن . قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الخ) منافع الغصب غير مضمونة ، لكن إن نقص باستعماله غرم الغاصب التقصان . وقال الشافعي رحمه الله : مضمونة بأجر المثل ولا فرق في الملهين بين التحطيل والاستعمال ، وربما سمي الأول غصبا والثاني إتلافا فيحول الدم عندنا ويحول الوجود عنده .

(قال المصنف وردت وفيها ذلك) أقول : لا يخفى عليك مخالفة هذا الكلام لما سبق آتفا من وجه الرواية الظاهرة من الإمام أن الولادة ليست بسبب لموت الأم فتأمل فيدفعها (قال المصنف : وفي فصل الشراء الواجب الخ) أقول : قال القزلي : وفي فصل الحصى الموت يحصل بزوال القوى . وأنه يزول بترادف الآلام فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد في يد الغاصب فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة انتهى . وفيه تأمل (قوله أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد الخ) أقول : يشترط فيه أيضا تسليمه بوصف السلامة (قوله إذ الأوصاف لا تدخل في الشراء) أقول : فيه بحث ، فإنه يرجع عليه بنقصان الحبيب (قوله من الحصى والضعف) أقول : أي ضعف الطبيعة عن دفع آثار الحصى المتولدة (قوله ويحتمل أن يكون سببه الخ) أقول : فيه بحث .

وقال الشافعي : يضمنها ، فيجب أجر المثل ، ولا فرق في المنعدين بين ما إذا عطلها أو سكنها . وقال مالك : إن سكنها يجب أجر المثل ، وإن عطلها لأشياء عليه . له أن المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذلك بالفصوب . ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحلوها في إمكانه إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته . والإنسان لا يضمن ملكه ، كيف وأنه لا يتحقق

الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم ، إذ لا تنقضي إليه غالبا فكان بين الكلامين تلافى فليتأمل في التوجيه (قوله ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحلوها في إمكانه ، إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والإنسان لا يضمن ملكه) لقائل أن يقول : مقتضى هذا الدليل أن لا تجب الأجرة على المستأجر فيها إذا حدثت المنافع في يده كما في استئجار الدور والأراضي والدواب ونحوها ، لأن الإنسان كما لا يضمن ملكه لا يجب عليه الأجرة بمقابلة ملكه مع أنه يجب عليه الأجرة في ذلك بالإجماع ، ولم أر أحدا حام حول جواب هذا الإشكال مع ظهور وروده إلا صاحب غاية البيان فإنه قال : والجواب عن مسألة الإيجار . قلنا : لا تجب الأجرة عندنا بمقابلة المنافع بل بمقابلة التمكن من جهة المالك لأنه لما لم يتمكن من استيفاء المنافع إلا بتمكنه كان ذلك طريقا للوصول إلى استيفاء المنافع فأعطى لما هو وسيلة إلى المنفعة حكم المنفعة في حق وجوب الأجرة باعتبار الحاجة اهـ . أقول : هذا الجواب وإن كان يصلح أن يكون غلطا هاتنا إلا أنه يستدعي ترك ظاهر كثير مما ذكرنا في كتاب الإجازات ، فكولم الإجارة تملك المنافع بعوض ، وقولم والقياس يأبى جوازها ، لأن المعقود عليه المنفعة وهي معلومة . وقولم وتتعد الإجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لأن المعاوضة تقتضي التساوى والملك في المنفعة التي هي المعقود عليه يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذلك في بدلها وهو الأجرة ، وقولم والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط بالإيجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ، إلى غير ذلك من الأقوال الدالة على كون الأجرة بمقابلة المنافع ، ولعل تأويل كلها متمسك بل متعلق تأمل تقف . ثم أقول : الأولى في الجواب عندي أن يقال : اقتضاء الدليل المذكور عدم وجوب الأجرة على المستأجر فيها إذا حدثت المنافع في يده إنما هو على موجب القياس ، وقد قرر في أول كتاب الإجازات أن القياس يأبى جوازها ، إلا أنها جازت على خلاف القياس بالنص استحسانا لحاجة الناس إليها ، وأن جوازها عندنا باعتبار إقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدور مثلا مقام

وفصل مالك رحمه الله قال : إن سكنها فكذلك قال الشافعي وإن عطلها فكذلك قال أبو حنيفة رحمه الله (لشافعي رحمه الله أن المنافع أموال متقومة) لكونها غير الآدى خلق لمصلحة الآدى ويمر في الشئ والضمنة (ويضمن بالعقود) صحيحة كانت أو فاسدة بالإجماع (فكذلك بالفصوب) لأن العقد لا يجعل غير المتقوم متقوما كما لو ورد على الميتة (ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لأنها حدثت في إمكانه) أي تصرفه وقدرته وكسبه (إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى) وما حدث في إمكان الرجل فهو في ملكه دفعا لحاجته ، فإن الملك لم يثبت للعبد إلا دفعا لحاجته إلى إقامة التكليف ، فالمنافع حاصله في ملك الرجل والإنسان لا يضمن ملك نفسه . ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها وإتلافها وكيف يتحقق ذلك وإنه لا يلفها لها ، ولئن سلمنا تحقق غصبها وإتلافها لكن شرط الضمان المائلة والمنافع لا تخال الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان . واعترض بما إذا أظف ما يسرع إليه الفساد فإنه يضمنه بالدرهم التي تبقى ، فدل على أن المائلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة ، وبما إذا استأجر الوصي للقيم ما يحتاج إليه بدرهم القيم فإنه جائز لاعالة ، ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لأن القربان إلى مال القيم لا يجوز إلا بالوجه الأحسن . وأجيب عن الأول بأن المائلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وفاق لا بين باق وأبقى ، فكان السؤال غير وارد ، وهذا راجع إلى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض (ألا يرى أن بيع الثياب بالدرهم جائز

(قوله لأنها أعراض لا تبقى) أقول : وإن بقيت لاتضمن أيضا لأنها ترد مع أصلها (قوله وما حدث في إمكان الرجل فهو في ملكه التبع) أقول : الكبرى محتاجة إلى البيان (قوله وهذا راجع إلى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض) أقول : ويضفم أن الأجسام المائلة لتوحيدها من الجواهر المتجانسة ، ولا كذلك الجوهر والعرض (قوله ألا يرى أن بيع الثياب بالدرهم جائز التبع) .

غصبها وتلافها لأنه لا بقاء لها ، ولأنها لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان ،

المنفعة في حق صفة الإيجاب والقبول ، فيجوز في الإجارة أن يجب الأجرة على المستأجر بمقابلة المنافع التي حصلت على ملكه بحلوها في يده إذا وقع التراضي عليه باعتبار إقامة الدين التي هي ملك المؤجر وسبب لوجود المنفعة مقام المنفعة على موجب الاستحسان بالنص ، بخلاف الغصب فإنه غير جائز قياسا واستحسانا فلا يرتكب فيه ما يخالف القياس فتدبر (قوله ولأنها لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان) أقول : لقائل أن يقول : هذا الدليل إنما يدل على أن منافع المصنوب لا تضمن بالأعيان لعدم المماثلة بينهما ، ولا يدل على أنها لا تضمن بالمنافع المماثلة لها والمدعى عدم مضمونيتها أصلا فلا يتم التزريب . ويمكن الجواب عنه بأن مبنى تقرير المصنف هذا الدليل على الوجه المزبور تقرر عدم مضمونيتها بالمنافع بالإجماع ، فكأنه لم يتعرض لنفي هذا الاحتمال لظهوره ، يرشد إلى ذلك تقرير صاحب الكافي هذا الدليل حيث قال : ولئن سلمنا تصور غصبها فلا يمكن تضمينها ، لأنها لو صارت مضمونة على الغاصب فلما أن تضمن بالمنافع وهو باطل ولم يقل به أحد ، أو بالأعيان وهو باطل أيضا لأنها لا تماثل الأعيان ، لأن المنافع أعراض لا تلبث وقتين والعين تبقى أوقاتا . وبين ما بيني وما لا بيني تفاوت عظيم . وضمان العلوان مبني على المماثلة بالنص والإجماع ، ويرشد إليه أيضا تقرير صاحب غاية البيان ذلك الدليل حيث قال : ولأن المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لا يتخلل إما أن تكون مضمونة بأمتثالها من المنافع ، أو بغيرها من الأعيان كالدرهم والدنانير فلا يجوز أن تكون مضمونة بالأمتثال وهي المنافع لأنه لا قائل بذلك ، ولا يجوز أن تكون مضمونة بالأعيان لعدم المماثلة . والمماثلة شرط في ضمان العلوان بقوله تعالى - فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - ١٠١ . قال صاحب العناية : وأعرض بما إذا أثلف ما يسرع إليه الفساد فإنه يضمته بالدرهم التي تبنى . فدل على أن المماثلة من حيث القضاء والبقاء غير معتبرة . وبما إذا استأجر الوصي اليتيم ما يحتاج إليه بدهام اليتيم فإنه جائز لاعالة . ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لأن القربان إلى مال اليتيم لا يجوز إلا بالوجه الأحسن . وأجيب عن الوجه الأول بأن المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق لا بين باق وأبقى . فكان السؤال غير وارد ، وهذا راجع إلى أنها تعتبر بين جوهريين لا بين جوهر وعرض . ألا يرى أن بيع الثياب بالدرهم جائز وإن كان أحدهما يلبى دون الآخر ، وعن الثاني بما ذكرنا أن شراء الثياب بالدرهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا ، فدل على أن القربان بالأحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات له كلامه . أقول : فيما ذكره في كل من الجوابين شيء . أما في الأول فلأن تنويره بقوله ألا يرى أن بيع الثياب بالدرهم جائز وإن كان أحدهما يلبى دون الآخر ليس بصحيح ، لأن جواز نوع من التفاوت بين البدلين في البيع لا يدل على جواز ذلك في ضمان العلوان ، لأن العقد والرضا تأثيرا في تجويز كثير من التفاوت ، وعن هذا قالوا : يجوز بيع عبد قيمته ألف بالوف ولا يجوز ذلك التفاوت في ضمان العلوان قطعا ، ألا يرى أن التفاوت بين جوهر وعرض يجوز أيضا بالعقد كما إذا استأجر منفعة دار مثلا بدهام معينة مع أن المماثلة المعتبرة في ضمان العلوان لا تتصور بين جوهر وعرض كما صرحا به . وأما في الثاني فلأن جواز شراء الثياب بدهام اليتيم الوصي لا يدل على جواز استئجار الوصي اليتيم ما يحتاج إليه بدهامه ، لأن التفاوت في الأول بين جوهر وجوهر وهو تفاوت غير فاحش ، والتفاوت في الثاني بين جوهر وعرض وهو تفاوت فاحش ، ولا شك أن جواز تصرف الوصي في مال اليتيم بالتفاوت الغير الفاحش لا يدل على جواز تصرفه فيه بالتفاوت الفاحش ، ألا يرى أن التفاوت الفاحش الذي بين جوهر وعرض يمنع المماثلة المعتبرة في ضمان العلوان دون التفاوت الغير الفاحش الذي بين جوهر وجوهر ، فلم لا يجوز أن يكون الأمر في تصرف وإن كان أحدهما يلبى دون الآخر ، وعن الثاني بما ذكرنا أن شراء الثياب بالدرهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان الأحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات

أقول : فيه بحث ، فإنه يجوز بيع المنافع بالدرهم أيضا فلا يصلح ما ذكره التنوير (قوله هو ما لا يعد عيبا في التصرفات) أقول : ولا يقتضي المماثلة ، بخلاف ضمان العلوان فإنه يبنى على المماثلة بالنص .

وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ، ولا نسلم أنها متقومة في ذاتها ، بل تقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد ، إلا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين .

الوصى في مال اليتيم أيضا كذلك ؟ فن أبن ثبت دالة جواز شراء الثياب بدرام اليتيم للوصى على أن القربان بالأحسن في مال اليتيم هو مجرد مالا يعد عيبا في التصرفات . نعم يجوز أن يكون المراد بالقربان الأحسن في قوله تعالى - ولا تقرّبوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن - ذلك المعنى لكنه إنما يعرف بدليل آخر لا بما ذكر من جواز شراء الثياب بدرام اليتيم للوصى (قوله وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف) قال صاحب الفتاوى في تفسير هذه المآخذ : أى العلل التي هي مناط الحكم ، أو ما ذكره أولا بقوله لأنها حصلت في ملك الغاصب ، وثانيا بقوله إنها لا يتحقق غضبا وإتلافها ، وثالثا بقوله لأنها لا تماثل الأعيان الخ اه . أقول : فيه نوع خلل ، لأنه قال أو ما ذكره بكلمة أو وهي لأحد الأمرين ، ولا شك أن العلل التي كانت مناط الحكم هاهنا وأشار إليه المصنف بهذه المآخذ هي ما ذكره أولا وثانيا وثالثا بأقواله الزبورة لا أمر آخر ، فكيف يصح العطف بكلمة أو . وقال صاحب الفتاوى هاهنا : : أراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم ، وأراد بالمآخذ ما ذكره أولا بقوله إنها حصلت في ملك الغاصب وثانيا أنها لا يتحقق غضبا وإتلافها وثالثا أنها لا تماثل الأعيان والشرط في ضمان العلوان المائلة بالنص اه . أقول : يرد على ظاهره أن العلل التي هي مناط الحكم هاهنا هي ما ذكره المصنف أولا وثانيا وثالثا بعينه كما عرفت آتفا . فامعنى قول هذا الشارح أراد بالمآخذ هذا وأراد بها ذلك . والعطف يقتضى التفاضل بين المعطوفين : لكن يمكن توجيهه بأن يكون مقصوده بقوله أراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم تفسير معنى المآخذ هاهنا ، وبقوله وأراد بالمآخذ ما ذكره الخ تفسير ماصدق عليه المآخذ هاهنا وتعيينه . فكانه قال : أراد بمعنى المآخذ هاهنا هذا وأراد بما صدق عليه المآخذ هاهنا ذلك ، والمغايرة بين المفهوم وما صدق عليه ظاهره فيصبح العطف ، إلا أنه لو قال في الثاني وأراد بهذه المآخذ ما ذكره الخ لكان أحسن لكونه أدل على إرادة ما صدق عليه المآخذ كما لا يخفى على الفطن . ثم أقول : بئى في هذا المقام بحث قوى ، وهو أنه قد صرح في معتبرات الفتاوى بأن منافع الغصب مضمونة عندنا أيضا في الوقف ، ومال اليتيم وما كان معدا للإجارة مع أن العلل المذكورة التي هي مناط الحكم بعدم ضمان منافع الغصب جارية بعينها في تلك الصور أيضا . فإن قلت : العلل المذكورة على وفق القياس والقول بضمن المنافع في تلك الصور موجب الاستحسان نظرا للوقف ومال اليتيم وبحر ذلك ، ويجوز ترك القياس بالاستحسان . قلت : ذلك فيما يتصور ويمكن ، وتلك العلل بعضها يدل على عدم تصور الغصب والعدوان في المنافع ، وبعضها يدل على عدم إمكان تضمين المنافع بالأعيان لعدم المائلة بينهما وبناء ضمان العلوان على المائلة بالنص والإجماع ، فإجراء الاستحسان في خلاف ذلك مشكل جدا .

(وقد عرفت هذه المآخذ) أى العلل التي هي مناط الحكم ، أو ما ذكره أولا بقوله لأنها حصلت في ملك الغاصب ، وثانيا بقوله إنها لا يتحقق غضبا وإتلافها ، وثالثا بقوله لأنها لا تماثل الأعيان إلى آخره (في المختلف) يعنى في عطف أبي الليث ، وقوله (ولا نسلم أنها متقومة) جواب عن قوله المنافع أموال متقومة . وتقريره أنا لا نسلم أنها متقومة في ذاتها لأن النجوم لا يسبق الوجود والإحراز ، وذلك فيما لا يخفى غير متصور بل يتقوّم لضرورة دفع الحاجة (عند ورود العقد) عليها بالرأى ، ولا عقد في المتنازع فيه (إلا أن) أى لكن (ما ينقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين) والله أعلم .

(قوله أو ما ذكره أولا بقوله لأنها حصلت الخ) أقول : فيه بحث .

(فصل في غصب ما لا يتقوم)

قال (وإذا أتلّف المسلم خمر الذي أوخزيره ضمن قيمتها ، فإن أتلّفهما لمسلم لم يضمن) وقال الشافعي : لا يضمنها للذي أيضا وعلى هذا الخلاف إذا أتلّفهما ذي على ذي أو باعها الذي من الذي . له أنه سقط تقويمها في حق المسلم فكذا في حق الذي ، لأنهم أتباع لنا في الأحكام فلا يجب بإتلافهما مال متقوم وهو الضمان . ولنا أن التقوم باق في حقهم ، إذ الخمر لم كائلا لنا والخزير لم كالشاة لنا .

(فصل في غصب ما لا يتقوم)

قال صاحب النهاية : لما فرغ من بيان أحكام غصب ما يتقوم وهو الأصل لأن الغصب بمحله الذي ذكرناه إنما يتحقق فيه شرع في بيان أحكام غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوما . إما باعتبار ديانة المخصوص منه بأنه متقوم أو بتغيره في نفسه إلى التقوم اه كلامه . وقد اقتنى أثره صاحب العناية . أقول : لا يذهب عليك أنه لا حاجة هنا إلى المعبر إلى اعتبار عرضية أن يصير ما لا يتقوم متقوما بأحد الاعتبارين المذكورين ، بل لا وجه له عند النظر الدقيق لأن المبين في هذا الفصل ضمان ما لا يتقوم في بعض المسائل وعدم ضمانه في بعضها ، ففي ما لا ضمان فيه كإتلاف خمر المسلم وخزيره لا وجه لاعتبار عرضية أن يصير متقوما باعتبار ما أصلا . فإن اعتبار عرضية أن يصير متقوما بما لا تأثير له في حكم عدم الضمان قطعاً بل له نوع إرباء عنه . ولعل بعض الشراح تلبه هذا فترك حديث اعتبار عرضية أن يصير متقوماً منهم الشارح الكاكي حيث قال : لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم إذ هو الأصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم اه . ومنهم الشارح الإقناني حيث قال : لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الأصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم كالخمر والخزير في حق المسلم هل يجب به الضمان أم لا اه (قوله ولنا أن التقوم باق في حقهم ، إذ الخمر لم كائلا لنا والخزير لم كالشاة لنا) أقول : فيه إشكال من وجهين : أحدهما أن الخصم

(فصل في غصب ما لا يتقوم)

لما فرغ من بيان ما هو الأصل وهو غصب ما يتقوم لتحقق النصب فيه حقيقة بين غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوماً إما باعتبار ديانة المخصوص منه بتقومه أو بتغيره في نفسه إلى التقوم (قال : وإن أتلّف المسلم خمر الذي أوخزيره النخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه : إتلاف المسلم خمر المسلم ، وإتلاف الذي خمر المسلم ، وإتلاف الذي خمر الذي . ولا ضمان على المتلف في الأولين بالإجماع . ولما في الآخرين فعليه الضمان عندنا خلافاً لشافعي رحمه الله . وعلى هذا الخلاف إذا باعها الذي من الذي جاز البيع عندنا خلافاً له . قال (سقط تقويمها في حق المسلم بلا خلاف فكذا في حق الذي لأنهم أتباع لنا في الأحكام) قال صلى الله عليه وسلم (إذا قبلوا عقد الذمة فأعلموهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين) والوإذا سقط تقويمها (فلا يجب بإتلافها مال متقوم وهو الضمان) أي ما يضمن به (ولنا أن التقوم باق في حقهم ، إذ الخمر لم كائلا والخزير عندهم كالشاة عندنا) دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سأله عماله : ماذا تصنعون بما يمر به أهل اللذنة من الخمر ؟ فقالوا : نعشرها . قال : لا تقبلوها ، ولوهم بيعها وغلوا العشر من أثمانها . فقد جعلها مالا متقوماً في حقهم

(فصل في غصب ما لا يتقوم)

(قال المصنف : وإذا أتلّف المسلم خمر الذي أوخزيره ضمن) أقول : في شرح الكافي لصدر الإسلام : لو أتلّف مسلم على ذي غنزرا على قول أبي حنيفة لا يضمن شيئاً : وعلى قول أبي يوسف وعبد يضمن قيمته . قال الإقناني : وهذا خلاف ما ذكره القفودوي في مختصره وفي شرحه مختصر الكرخي ، ولكنه قياس قول أبي حنيفة الذي مر قبيل باب نكاح الرقيق فراجع (قال المصنف : وعلى هذا الخلاف إذا أتلّفها ذي على ذي) أقول : ولقد أحسن حيث أتى في المسلم باللام وفي الذي بعل (قوله دل على ذلك قول عمر ، إلى قوله : لا تقبلوها الخ) أقول : قوله لا تقبلوها مقول قول .

قال : إنهم أتباع لنا في الأحكام ، وتحمل بقوله عليه الصلاة والسلام « إذا قبلوا عقد الزمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » كما صرح به في الكافي وعامة الشروح ، فكيف يتم التعليل بأن التقوم باق في حقهم في مقابلة ذلك الحديث الدال على كونهم أتباع لنا في الأحكام ، والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الأصول . فإن قلت : نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون كما ذكر في أثناء التعليل من قبلنا . فيدل النص المتضمن لهذا الأمر وهو قوله عليه الصلاة والسلام « اتركهم وما يدينون على مدعانا » هاهنا . قلت : للخصم أن يقول : المراد بما يدينون الديانات دون المعاملات ، وما نحن فيه من المعاملات ، ولئن سلم العموم للمعاملات أيضا فيتحقق التعارض بين النصين فمن أين يثبت الرجحان . والثاني أنه قد تقرر في علم الأصول أنه لا خلاف في أن الكفار مخاطبون بالإيمان والعقوبات والمعاملات بالمبادات أيضا في حق المواخلة في الآخرة . وأما في حق وجوب الأداء في الدنيا فيختلف فيه ، وما نحن فيه من المعاملات فينبغي أن يكونوا مخاطبين بالمخاطبات الدال على عدم تقوم الحزم والخنزير أيضا . ثم أقول : يمكن الجواب عن كل واحد منهما : أما عن الأول فبأن يقال : ما نحن فيه مخصص بالإجماع من عموم النص الدال على كونهم أتباع لنا في الأحكام ، فإن عمر رضى الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الزمة من الخمر ؟ فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ، ولوم يبعها وخنوا العشر من أمانيها ، فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث جاوز بيعها وأمر بأخذ العشر من ثمنها ولم ينكره أحد فعمل على الإجماع وقد صرح ببعض الشراح . وأما عن الثاني فبأن يقال : كون الكفار مخاطبين بالمعاملات ونحوها فيها يتحمل الخطاب التعميم لم أيضا ، وأما فيما لا يتحمل فلا يكونون مخاطبين بذلك قطعا ، وما نحن فيه من قبيل الثاني لأن الخمر كانت مقومة في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا . والأصل أن ما ثبت يبق إلى أن يوجد المزيل ، والمزيل وهو قوله تعالى - رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه - وجد في حقا بدليل السياق والسباق ، فبقى في حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل كما صرح به في الكافي والخصاية ، فلم يبق مجال لتعميم للكفار أيضا ، وكذا الحال في الخنزير على ما حققه صاحب غاية البيان حيث قال : تحقيق ذلك أن الخمر والخنزير كانا حلالين في الأمم الماضية ، وكذا في حق هذه الأمة في ابتداء الإسلام ، ثم ورد الخطاب بالحرمة خاصة في حق المسلمين فكانا حراما عليهم وبقي حلالا على الكفار كنتكاح المشركات كان حلالا في حق الناس كافة ثم ورد التحريم خاصة في حق المسلمين فبقى حلالا في حق الكفار فكذا هاهنا . ألا يرى إلى خطاب الله تعالى المؤمنين في سورة المائدة بقوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون - والمؤمن هو الذي يفلح إذا اجتنب الخمر ، وقال تعالى - حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير - إلى هنا لفظ غاية البيان . ثم إن التحقيق الذي لا يحيد عنه هاهنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال : وأما الكلام في المسئلة من حيث المعنى فيعوض مشايخنا قالوا : الخمر مباح في حق أهل الزمة وكذا الخنزير ، فالخمر في حقهم كالخل في حقا والخنزير في حقهم كاللثة في حقا في حق الإباحة شرعا ، فكان كل واحد منهما مالا متقوما في حقهم . ودليل الإباحة في حقهم أن كل واحد منهما متفق به حقيقة صالحة لإقامة مصلحة البقاء ، والأصل في أسباب البقاء هو الإطلاق ، إلا أن الحرمة في حق المسلم ثبتت نصا غير معقول المعنى ، أو معقولا لمعنى لا يوجد هاهنا أو يوجد لكنه يقتضى الحل لا الحرمة ، وهو قوله تعالى - إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة - لأن الصد لا يوجد في الكفرة ، والعداوة فيها بينهم واجب الوقوع لأنها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك ، وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم . وبعضهم قالوا : إن الحرمة ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين ، لأن الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمت عندنا هو الصحيح من الأقوال على ما عرف في أصول الفقه . وعلى هذا طريق الضمان وجهان : أحدهما أن الخمر وإن لم تكن مالا متقوما في الحال فهي بعرض أن تصير مالا متقوما في الثاني بالتخلل والتخليل ووجوب ضمان الغصب والاتلاف يعتمد كون الحل المصوب . والمتلف مالا متقوما في الجملة ولا يقف على ذلك الحال ، ألا يرى أن المهر والمحفص وما

حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من ثمنها ، ولم يفعل ذلك إلا لتلينهم بذلك

ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الإلزام ، وإذا بقي التقوم فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه . بخلاف الميتة والدم ، لأن أحدا من أهل الأديان لا يدين تمولهما ، إلا أنه تجب قيمة الخمر وإن كان من ذوات الأمتثال ، لأن المسلم ممنوع عن تملكه لكونه إعزازا له ، بخلاف ما إذا جرت المبايعة بين اللعين لأن الذي غير ممنوع عن تملك الخمر وتملكها .

لا منفعة له في الحال مضمون بالنصب والإتلاف . والثاني أن الشرع يمنعان التعرض لم يمنع عن شرب الخمر وأكل الخنزير حسا لما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال : أمرنا أن نتركهم وما يدينون ، ومثاله لا يكتفب وقد دانوا شرب الخمر وأكل الخنزير فلما ترك التعرض لم في ذلك ، ونبي الضمان بالنصب والإتلاف يفضي إلى التعرض لأن السفه إذا علم أنه إذا غصب أو أتلف لا يواخذ بالضمان يقدم على ذلك ، وفي ذلك منعهم والتعرض لم من حيث المعنى والله أعلم إلى هنا لفظ البدائع (قوله) ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون (أقول : لقائل أن يقول : فلم لا نتركهم وما يدينون في بعض الأمور كإحداث البيعة والكنيسة وركوب الخيل وحل السلاح فإنهم يمنعون منها على ما مر في كتاب السير . والجواب أن أمثالا مستثنى مما يدينون بدلائل ذكرت في موضعها ، كما أن الربا مستثنى من حقوقهم بقوله عليه الصلاة والسلام « ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد » على ما سيأتي بيانه عن قريب . قال صاحب العناية أخذا من النهاية ، ونوقض بما إذا مات المجوسى عن ابنتين إحداهما امرأته فلها لاستحقاق بالزوجة شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح ، وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الأديان إذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون . وأجيب بأننا لانسلم أنهم يعتقدون التوريث بأنكحة المحارم فلا بد له من بيان اه . واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه إن مراد الناقض أننا إذا حكمتنا بينهم على شرع الإسلام بطليهم ذلك لا نورثها اه . أقول : ليس فيها ذكره كبير حاصل ، إذ مراد المذهب أيضا أن عدم توريثنا إياها إذا حكمتنا بينهم على شرع الإسلام بطليهم ذلك لعدم ثبوت اعتقادهم التوريث بأنكحة المحارم . نعم يعتقد المجوسى صحة نكاح المحارم ، وليس من ضرورة اعتقاد صحة النكاح اعتقاد استحقاق الميراث . ألا يرى أن الميراث يتمتع بالرق واختلاف الدين مع صحة النكاح ، وقد صرح بهذا التفصيل في النهاية ، وإن أراد ذلك القائل أنهم لو اعتقدوا التوريث بأنكحة المحارم وطلبوا ذلك لم يحكم بينهم بذلك أيضا على شرع الإسلام ، فلا فائدة فيه لأن ما يضرنا إنما هو النقض بما هو أمر واقع لا بما هو فرض محض . ثم أقول : بقي هاهنا كلام آخر ، وهو أن للسائل أن يورد النقض حيث قد يسلم مات عن زوجة كافرة فلها لاستحقاق شيئا من الميراث عندنا لاختلاف الدينين ، مع أن وجوب توريث الزوجة من زوجها مقرر في جميع الأديان إذا لم يوجد مانع ، والظاهر

(ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون) يعنى لانجادلهم على الترك (والسيف موضوع) يعنى لا يجبرون على الترك بالإلزام بالسيف لعقد اللزمة ، وحيث تعذر الإلزام على ترك الدين بقي التقوم في حقهم ، وإذا بقي فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم : وذلك يوجب الضمان بالنصب فيضمنه . ونوقض بما إذا مات المجوسى عن ابنتين إحداهما امرأته فلها لاستحقاق بالزوجة شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح ، وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الأديان إذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون . وأجيب بأننا لانسلم أنهم يعتقدون التوريث بأنكحة المحارم فلا بد له من بيان . وقوله (بخلاف الميتة والدم) جواب لقيس عليه الشافعى رحمه الله لم يذكره في الكتاب (لأن أحدا من أهل الأديان لا يدين تمولهما ، إلا أنه تجب قيمة الخمر وإن كانت مثلية وتذكير الضمير في الكتاب بتأويل الشراب أو المذكور (لأن المسلم ممنوع عن تملكه لكونه إعزازا له) بخلاف أهل الذمة فلمن غير ممنوعين عن تملكها وتملكها ، فلما جرت بينهما مبايعة جاز لهم التملك والتملك ، وإن استهلكها بعضهم لبعض جاز تسليم مملوكتها وتسلمه

(قوله لانجادلهم على الترك الخ) أقول : لى ترك ما يدينون (قوله وأجيب بأننا لانسلم أنهم يعتقدون التوريث الخ) أقول : فيه أن مراد الناقض أننا إذا حكمتنا بينهم على شرع الإسلام بطليهم ذلك لا نورثها .

وهذا بخلاف الربا لأنه مستثنى عن عقودهم، وبخلاف العبد المرتد يكون للذي ، لأننا ما ضمننا لم ترك التضرع له لما فيه من الاستخفاف بالدين ، وبخلاف مترك التسمية عامدا إذا كان لمن يبيعه لأن ولاية الحاجة ثابتة .

أن الكفر ليس بمنع عن الإثر في اعتقاد الكفرة ولم تركهم وما يدينون هناك ، فأملى في الجواب (قوله وهذا بخلاف الربا) متعلق بقوله لأن الذي غير ممنوع عن تملك الخمر وتملكها ، كذا قاله جامعهم للشرح . وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك : والأولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن تركهم وما يدينون الخ لاتساق ما بعده من العطف حيث لا . أقول : يتعلق بما ذكره صاحب العناية غير ظاهر السداد ، لأن كلمة هذا مع كونها مما يأتي ذلك جدا لا يستقيم أن يكون الربا من خلاف قوله نحن أمرنا أن تركهم وما يدينون ، لأن الربا لما كان مستثنى من عقودهم وكان ذلك فسقا منهم لا تدنيا لثبوت حرمة الربا في دينهم بقوله تعالى - وأخذهم الربا وقد نهوا عنه - كما صرحوا به قاطبة ، حتى صاحب العناية نفسه لم يكن منعنا إياهم عن الربا مخالفا لقوله نحن أمرنا أن تركهم وما يدينون كما لا ينبغي على ذي مسكة . وعلى تقدير أن يكون قول المصنف وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله نحن أمرنا أن تركهم وما يدينون بصير المعنى : وهذا أي قوله ونحن أمرنا أن تركهم وما يدينون ملتبس بخلاف الربا . وليس هذا المعنى بسبيل لعدم ملازمة الخلاف بينهما كما بينا آفا . وأما على تقدير أن يكون قوله وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله لأن الذي غير ممنوع عن تملك الخمر وتملكها كما ذهب إليه جماعة من الشراح فبصير المعنى : وهذا أي عدم كون الذي ممنوعا عن تملك الخمر وتملكها ملتبس بخلاف الربا لكونهم ممنوعين عن الربا . ولا يخفى أن هذا المعنى سديد وأن كلمة هذا التي يشار بها إلى القريب في محلها حيتض . وقال بعض الفضلاء : بل الأولى أن يتعلق بقوله فيضمنه والإشارة إلى ما ذكر من الخمر والخنزيراه أقول : هذا أفصح مما قاله صاحب العناية ، لأنه إن كانت الإشارة بهذا إلى الخمر والخنزير يتأويل ما ذكر كما زعمه بصير المعنى : وهذا أي ما ذكر من الخمر والخنزير ملتبس بخلاف الربا فلا يبيّن لتعلق قوله وهذا بخلاف الربا بقوله فيضمنه معنى وإن صير إلى التقدير بأن يقال : المراد وهذا بخلاف الربا في الضمان فيحصل نوع تعلق بقوله فيضمنه فلا يكون سديدا أيضا ، لأن الضمان إنما يتصور في الإلتاف ومثله الربا مما لا أساس له بذلك تدبر تفهم (قوله وبخلاف مترك التسمية لمن يبيعه لأن ولاية الحاجة ثابتة) قال في العناية : يعني لما أمرنا أن ترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن ترك أهل الاجتهاد

(قوله وهذا بخلاف الربا) متعلق بقوله لأن الذي غير ممنوع عن تملك الخمر ، كذا قيل . والأولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن تركهم وما يدينون إلى آخره لاتساق ما بعده من العطف حيث لا . وقوله لأنه مستثنى من عقودهم) يعني بعلم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم «ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد» وذلك لأنه فسق منهم لا تدنيت لثبوت حرمة الربا في دينهم ، قال الله تعالى - وأخذهم الربا وقد نهوا عنه - (وبخلاف العبد المرتد للذي) فإن المسلم إذا أظف له لا يضمن شيئا وإن كان اعتقاد الذي أن العبد المرتد مال موقوف وهو أيضا في الحقيقة مقيس عليه للشافعي رحمه الله . ووجه الجواب (أنا ما ضمننا لم ترك التضرع) للعبد المرتد للذي (لما فيه) أي في ترك التضرع (من الاستخفاف بالدين) بالترك والإعراض عنه . واستشكل هذا التعليل بما إذا أظف على نصراني صليبا فإنه يضمن قيمته صليبا ، وفي ترك التضرع استخفاف بالدين . وأجيب بأن ذلك كفر أصلي ، فالنصراني مقرر على ذلك بخلاف الارتداد (وقوله بخلاف مترك التسمية) يتعلق بقوله أمرنا أن تركهم وما يدينون : يعني لما أمرنا أن ترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن ترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى . وحيث يجب أن نقول بوجوب الضمان على من أظف مترك التسمية عامدا لأنه مال موقوف في اعتقاد الشافعي رحمه الله . ووجه الجواب ما قاله أن ولاية الحاجة ثابتة ، والدليل الدال على حرمة قائم فلم يعتبر اعتقادهم في إيجاب

(قوله قوله وهذا بخلاف الربا متعلق بقوله لأن الذي غير ممنوع عن تملك الخمر ، كذا قيل ، والأولى أن يتعلق بقوله نحن الخ) أقول : بل الأولى أن يتعلق بقوله فيضمنه ، والإشارة إلى ما ذكر من الخمر والخنزير .

قال (فإن غضب من مسلم خرا فخلها أو جلد ميتة فدينه فلصاحب الحمر أن يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه ، والمراد بالفصل الأول إذا خلها بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه إلى الشمس ، وبالفصل الثاني إذا دينه بماله قيمة كالقرط والغصص ونحو ذلك . والفرق أن هذا التحليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه إذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال مقوم للغاصب كالصبيغ في الثوب فكان بمنزلة فخلها يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطى ما زاد الدباغ فيه . وببأنه أنه ينظر إلى قيمته ذكيا غير مدبوغ ، وإلى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما ، وللغاصب أن يجسه حتى يستوفى حقه كحق الخبس في المبيع . قال (وإن استهلكها ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة ، وقالوا : يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه)

على ما اعتقلوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى ، وحينئذ يجب أن نقول بموجب الضمان على من أئلف مترك التسمية عامدا لأنه مال مقوم في اعتقاد الشافعي . ووجه الجواب ما قاله أن ولاية الحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمة قائم فلم يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان هذا ما قالوه . ولقائل أن يقول : لانسلم أن ولاية الحاجة ثابتة : لأن الدليل الدال على ترك الحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ما قررتم . والجواب أن الدليل هو قوله عليه الصلاة والسلام « أتركهم وما يدينون » وكان ذلك بعقد الذمة وهو متصف في حق المجتهدين . إلى هنا لفظ العناية . واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور في الآخر حيث قال : فيه بحث . فإن القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه اهـ . أقول : هذا ساقط جدا . أما أولا فلأن القاضي إنما ينفذ ما حكم به قاض آخر إذا لم يكن ما حكم به مما يخالف الكتاب والأئمة المشهورة والإجماع ، وأما إذا كان ما حكم به مما يخالف شيئا من هاتيك الثلاثة فلا يصح أن ينفذ القاضي أصلا كما صرحوا بذلك كله في كتاب القضاء ، ومثلا ما يخالف الكتاب بالحكم بحل مترك التسمية عامدا فإنه يخالف لقوله تعالى « ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه » والكلام هاهنا في مترك التسمية عامدا فكيف يتصور فيه التنفيذ . وأما ثانيا فلأن حاصل الجواب المذكور أن حلة الأمر بالرك في قوله عليه الصلاة والسلام « أتركهم وما يدينون » هي عقد الذمة ، وهو متصف في حق المجتهدين فلا يتصور إلحاق المجتهدين بأهل الذمة في ترك الحاجة لادلالة ولا قياسا . ولا يخفى أن هذا يدفع السؤال بأن الدليل الدال على ترك الحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى ، وأن حديث تنفيذ القاضي ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه

الضمان هذا ما قالوه . ولقائل أن يقول : لانسلم أن ولاية الحاجة ثابتة ، لأن الدليل الدال على ترك الحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ما قررتم . والجواب أن الدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم « أتركهم وما يدينون » وكان ذلك لعقد الذمة وهو متصف في حق المجتهدين . قال (فإن غضب من مسلم خرا فخلها الخ) من غضب من مسلم خرا فخلها أو جلد ميتة فدينه فكل منهما على وجهين ، لأن التحليل أو الدباغ إما أن يكون يخلط شيء بماله قيمة أولا ، فإن خلل بغير شيء بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه إليها ، أو ديبغ بالقرط بفتحيتين وهو ورق السلم والغصص ونحوهما . فإذا أن يكون الخل والجلد باقين أولا ، فإن كانا باقين أخذ المالك الخل بلا شيء وأخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه . وطريق علمه أن ينظر إلى قيمته ذكيا غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما ، وللغاصب أن يجسه حتى يستوفى حقه كحق الخبس في المبيع ، والفرق بين المستثنين ما ذكره في الكتاب وهو غير وإن لم يكونا باقين ، فإن استهلكها الغاصب ضمن الخل ، ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، وقالوا : يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه ، وإن هلكا في يده فلا ضمان عليه بالإجماع ، والجميع عليه لا يحتاج إلى دليل لأن دليله الإجماع فلهذا لم يذكره المصنف ، والبيان على ذلك أنه إن

(قوله ولقائل أن يقول : لانسلم أن ولاية الحاجة ثابتة الخ) أقول : الأول استحلال مترك التسمية تخالف لنس الكتاب والخم مؤمن به فيثبت ولاية الحاجة (قوله والجواب ، إلى قوله : وهو متصف في حق المجتهدين) أقول : فيه بحث ، فإن القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه .

ولو هلك في يده لايضمنه بالإجماع . أما الخلل فلائنه لما بقى على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالتلاف ، ويجب مثله لأن الخلل من ذوات الأمتال . وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه ويضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ، ولأنه واجب الرد ، فإذا قوت عليه خلقه قيمته كما في المستعار . وبهذا

لا يقدر في دفع الجواب المذكور والسؤال الزبور ، بل هو كلام آخر معلوم وجهه في محله (قوله ولو هلك في يده لايضمن بالإجماع) قال صاحب العناية : والمجمع عليه لا يحتاج إلى دليل ، لأن دليله الإجماع فلهذا لم يذكره المصنف اه . أقول : هذا ليس بسديد ، لأن الذي لا يحتاج إلى دليل ما أجمع عليه الأمة بالإجماع الذي هو أحد الأدلة الأربعة الشرعية فإن الإجماع عليه بالمعنى المذكور يكتفى دليلا عليه ، والظاهر أن مراد المصنف بالإجماع هاهنا هو إجماع أئمتنا الثلاثة الذين وقع الخلاف بين أعظمهم وبين صاحبيه فيما ذكر آتفا من مسئلة الاستهلاك ، لا إجماع الأمة الذي هو من الأدلة ، لأن هذا الإجماع إنما يتحقق باتفاق جميع المجتهدين الموجودين في عصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي وهو غير ثابت فيما نحن فيه ، كيف وقد قال في معراج النراية هاهنا : وعند الأئمة الثلاثة : يعني مالكا والشافعي وأحمد لو تخلت الخمرة بنفسها وهلك في يد الغاصب يضمن ، وأما إذا تخلت بفعل الغاصب لايضمن . وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه ردّه ولا يضمن ، وفي قول وجب رده ويضمن اه . فظهر منه مخالفة هؤلاء الأئمة الثلاثة لأئمتنا في بعض صور الهلاك فيما نحن فيه ، مع أن مالكا من معاصري أبي حنيفة والشافعي من معاصري محمد ، فلم يتحقق إجماع الأمة في زمنهم على عدم الضمان في بعض صور هذه المسئلة قطعا ، ولم ينقل إجماع أمة أخرى من قبل ، فلم يمكن حل الإجماع المذكور على إجماع الأمة كما لا يخفى . وقال صاحب النهاية هاهنا ولم يذكر الدليل لقوله ولو هلك في يده لايضمن بالإجماع لأن دليله ظاهر ، وهو أنه لو ضمن لا يخلو إما أن يضمن قيمته يوم الغصب أو يوم الهلاك ، ولا وجه لضمان قيمته يوم الغصب لأنه لم يكن لكل واحد من الخمر ووجد الميتة قيمة يوم الغصب ، ولا وجه لضمان قيمته يوم الهلاك أيضا لأنه لم يوجد منه فعل في هلاكه ، والضمان لا يجب إلا بفعل موصوف بالتعدّي اه كلامه . أقول : ظهور هذا الدليل المقتضى للدائر على التردد غير مسلم ، ولو سلم فكونه أظهر من سائر الأدلة التي ذكرها لسائر المسائل سيما دليل وجوب الضمان في استهلاك الخلل بمنوع ، ولو سلم فليس من دأب المصنف ترك ذكر الدليل بالكلية في شيء من المسائل . ثم أقول : لعل وجه عدم ذكر المصنف دليل هذه المسئلة هاهنا انتفاءه بما ذكره في دليل مسئلة الاستهلاك يرشدك إليه قطعاً قوله في أثناء ذلك وبهذا فارق الهلاك بنفسه ، تبصر ترشد (قوله كما إذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) قال صاحب العناية : وفيه نظر ، لأن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه اه . أقول : هذا النظر ساقط جدا ، إذ لا نسلم أولا أن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان فإن نفس الغصب إنما يوجب رد العين على ما عرف في صدر كتاب الغصب ، وإنما يجب ضمان المثل أو القيمة بالهلاك أو الاستهلاك ، ولكن سلم ذلك فكون بنفس الغصب

ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ، ولا لضمان قيمته يوم الهلاك لأنه لا يجب إلا بفعل موصوف بالتعدّي والقرض علمه (قوله أما الخلل) دليل صورة الاستهلاك وهو ظاهر (وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه) قال القدوري : يعني إذا غصب الجلد من منزله ، فأما إذا ألقاه صاحبه في الطريق فأخذه رجل فدينه فليس للمالك أن يأخذه . وعن أبي يوسف رحمه الله أن له أن يأخذه في هذه الصورة أيضا . وإذا كان باقيا على ملكه (وهو مال متقوم) وقد استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) وفيه نظر ، لأن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه (قوله ولأنه واجب الرد) دليل آخر . وقريره أن الجلد لو كان قائما وجب على الغاصب رده ، فإذا قوت الرد خلقه قيمته كما في المستعار يضمن بالاستهلاك لا بالهلاك ، وبهذا فارق الهلاك بنفسه لأنه لا تقويت منه هناك . قال الإمام فخر الإسلام رحمه الله وغيره ،

فارق الملاك بنفسه . وقولهما يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس . أما عند اتحادهما فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الأخذ منه ثم في الرد عليه . وله أن تقوم حصل الغاصب وصنعتة متقومة لاستعماله مالا متقوماً فيه ، ولهذا كان له أن يجنيه حتى يستوفى ما زاد الدباغ فيه . فكان حقاً له والجلد تبع له في حق التقوم ، ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذلك التابع ، كما إذا هلك من غير صنعة ، بخلاف وجوب الرد حال قيامه لأنه يتبع الملك ، والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وإن لم يكن متقوماً . بخلاف الذكي والثوب ، لأن التقوم فيهما كان ثابتاً قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة .

سببا للضمان لايتأتى كون الاستهلاك أيضا سببا له ، ومقصود المصنف قياس المتنازع فيه على تلك الصورة في كون التعدي بالاستهلاك سببا للضمان المتعدى ما استهلكه وإعطاء المالك ما زاده الصنعة . وهذا المعنى متحدين القيس والمقيس عليه ، غاية الأمر أن في جانب المقيس عليه سببا آخر للضمان ، وهذا لايتأتى صحة اتقياس عليه في السبب المشترك . وقد أشار إليه صاحب النهاية حيث قال في حل هذا المجل : إن الاستهلاك جنائية موجبة للضمان في محل هو مال متقوم ، وقد وجد ذلك لما بقي الجلد على ملك صاحبه بعد ما صار مالا متقوماً كما في الثوب . إلا أن هناك السبب الأول وهو الغصب موجب للضمان أيضا . فله أن يضمه بأى السببين شاء ، وهاتما السبب الأول وهو الغصب غير موجب للضمان فتعين التضمين بالسبب الثاني فكان هو في السبب كغيره ، ولو استهلكه غيره كان المفصوب منه أن يضمن المستهلك ويعطى الغاصب ما زاد الدباغ فيه . إلى هنا كلامه (قوله ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذلك التابع كما إذا هلك من غير صنعة) قال صاحب النهاية في شرح قوله كما إذا هلك من غير صنعة : فإن عدم الضمان هناك باعتبار أن الأصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد ، وإلا فالغصب موجب للضمان في الملاك والاستهلاك اه كلامه . واقتضى أثره الشارح المعنى . أقول : فيه نظر ، إذ لا شك أن عدم الضمان في صورة الملاك من غير صنعة لا يجب أن يكون باعتبار أن الأصل وهو الصنعة غير مضمون : فكذلك الجلد كما يقتضيه قول الشارحين المزبورين ، وإلا فالغصب موجب للضمان في الملاك والاستهلاك ، بل الظاهر أن عدم الضمان هناك باعتبار عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي هناك كتحققه في صورة الاستهلاك على ما أشار إليه صاحب النهاية وصاحب النهاية أيضا في تحليل تلك المسألة فيها . وكون الغصب موجبا للضمان في كل من صورتي الملاك والاستهلاك إنما هو عند تحقيق الغصب الشرعي وفيما نحن فيه لم يتحقق ذلك لأن كون المأخوذ مالا متقوماً معتبر في حقيقة الغصب الشرعي كما تقرر في صدر الكتاب ، وجلد الميتة ليس بمال متقوم قبل الدباغ قطعا ، وإنما يصير متقوما بالدباغ . وكلامنا فيما إذا غصب جلد الميتة فبدنه فحين الأخذ لم يتحقق الغصب الشرعي الموجب للضمان فيما نحن فيه بلا ريب ، ويؤيد ما قلنا إن الحمر المختلطة بنفسها أيضا غير مضمونة في صورة الملاك بالإجماع كما مر ، وليس فيها صنعة متقومة بقيمة تقومها ، فلو كان مجرد الغصب وهو الأخذ جبرا بلون

في شروح الجامع الصغير : قولهما يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس : يعني أن القاضى قوم الجلد بالدرهم والدباغ بالدنانير ، فيضمن الغاصب القيمة ويأخذ ما زاد الدباغ . أما إذا قوماهما بالدرهم أو بالدنانير فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الأخذ منه ثم في الرد عليه . ولأن حنيفة رحمه الله : لا تسلم أن الجلد مال متقوم بنفسه ، وإنما حصل له التقوم بصنعة الغاصب وصنعتة متقومة لاستعماله مالا متقوماً فيه ، ولهذا كان له أن يجنيه حتى يستوفى ما زاد الدباغ ، فكان التقوم حقا للغاصب وكان الجلد تابعا لصنعة الغاصب في حق التقوم ، ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون التابع لئلا يلزم مخالفة التبع أصله ، كما إذا هلك من غير صنعة فإن عدم الضمان هناك باعتبار أن الأصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد ، وإلا فالغصب موجب للضمان في الملاك والاستهلاك (قوله بخلاف الرد الخ) جواب عن قولهما ولأنه واجب الرد ، وتقريره أن وجوب الرد حال قيامه لأنه يتبع الملك ، والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وإن لم يكن متقوماً والحاصل أن الضمان يعتمد التقوم والأصل فيه الصنعة وهى غير مضمونة فكذلك ما يتبعها والرد يعتمد الملك والجلد فيه أصل لا تابع فوجب رده وتبعه الصنعة . وقوله (بخلاف الذكي والثوب) جواب عن قولهما كما إذا غصب ثوبا وأتحمم الذكي استظهرنا

ولو كان قائما فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل : ليس له ذلك ، لأن الجلد لاقيمة له ، بخلاف صبيغ الثوب لأن له قيمة . وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة ، وعندهما له ذلك ، لأنه إذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك ، وهو على هذا الخلاف على ما بيناه .

تحقق الغصب الشرعي موجبا للضيان في الملاك والاستهلاك ، أوكأن مجرد حصول التقويم للمأخوذ بعد الأخذ كافيا في تحقق الغصب الشرعي لوجب الضياع في صورة هلاك الخمر المختلطة بنفسها في يد الآخذ جبراً مع أنه خلاف ما عليه الإجماع . ثم أقول : لما ظهر بما بيناه أن كون مراد المصنف بقوله كما إذا هلك من غير صنعه ما ذكره الشارحان المزبوران مما يليق بقدره الجليل وإن كان في ظاهر لفظه مساعدة للمالك كان حقا علينا أن نحمل كلامه على خلاف ذلك فنقول : يجوز أن يكون مراده بقوله كما إذا هلك من غير صنعه هو التنزيه والتنظير في مجرد عدم وجوب الضياع وإن كان السبب مخفيا في صورتين ، ويجوز أن يكون مراده بقوله المذكور هو القياس على تلك الصورة في خصوص السبب ، وهو كون الأصل الذي هو الصنعة غير مضمون فكذا التابع . لكن من حيث جواز أن يكون هذا السبب سببا أيضا في صورة هلاك المدبوغ في يده من غير صنعه لا من حيث وجوب أن يكون هذا السبب هو السبب في تلك الصورة كما يقتضيه قولهما ، وإلا فالغصب موجب للضياع في الملاك والاستهلاك ، فإنه إذا لم يجب أن يكون هذا السبب هو السبب لعدم الضياع في صورة الهلاك بل جاز أن يكون له فيها سبب آخر وهو عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي كما مر بيانه لم يجب الضياع هناك بانتفاء هذا السبب ، لأن انتفاء أحد السببين المستقلين لا يوجب انتفاء السبب فيزوم أن لا يصح قولهما ، وإلا فالغصب موجب للضياع في الملاك والاستهلاك تأمل تعق (قوله ولو كان قائما فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته . قيل ليس له ذلك لأن الجلد لاقيمة له ، بخلاف صبيغ الثوب لأن له قيمة) قال الشراح في تفسير قوله قيل ليس له ذلك : أي مطلقا بلا خلاف ، ويقضى هذا التفسير مقابلة قوله وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك كما لا يخفى . أقول : تعليل هذا القول الاتفاق بقوله لأن الجلد لاقيمة له ، بخلاف صبيغ الثوب لأن له قيمة مشكل عندئذ ، فإنه لا يتماشى على أصل الإمامين ، إذ قد مر أن أصلهما أن الجلد باق على ملك المالك وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك مازاد الدباغ فيه ، كما إذا غصب ثوبا فصينته ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك مازاد الصيغ فيه ، والتعليل المذكور هاهنا صريح في خلاف ذلك كما ترى . لا يقال : المراد هاهنا أن الجلد لاقيمة له وقت الغصب ، بخلاف الثوب فإن له قيمة وقتئذ ، والمراد بما مر أن الجلد مال متقوم بعد الدباغ فصار كالثوب بعده فلا منافاة . لأننا نقول : الكلام فيها إذا أراد المالك أن يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته بعد أن صار مالا متقوما بالدباغ كما أشار إليه المصنف بقوله في هذا الوجه فلا وجه لتعليل ما قيل ليس له ذلك بلا خلاف بأن الجلد لاقيمة له وقت الغصب ، بخلاف الثوب فإن عدم تقوم جلد الميتة وقت الغصب لا ينافي عندهما كونه مضمونا على الغاصب بعد أن صار مالا متقوما بالدباغ . وهذا يجب عليه الضياع عندهما بالاستهلاك في هذه الصورة بناء على كونه مالا متقوما بالدباغ باقيا على ملك المالك كما مر . على أنه لو كان المراد هاهنا أن الجلد لاقيمة له وقت الغصب لقال المصنف بخلاف الثوب دون أن يقول بخلاف صبيغ الثوب لأن الصيغ في الثوب يلزم الدباغ في الجلد تأمل (قوله لأنه إذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه) قال صاحب العناية : وفيه نظر ، لأن العجز في الاستهلاك لأمر من جهة

لأن التقويم فيما : أي في الذكي والثوب كان ثابتا قبل الدفع والصيغ فلم يكن تابعا للصنعة ، والتقويم يوجب الضياع (ولو كان) الجلد (قائما) فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه) أي الذي كان الدباغ فيه بشيء متقوم (ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك) بلا خلاف (لأن الجلد لاقيمة له ، بخلاف صبيغ الثوب لأن له قيمة . وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما له ذلك) وقوله (لأنه إذا تركه) دليل أن في المسئلة خلافا لا دليل الخافين . ووجه ذلك أنه إذا ترك الجلد على الغاصب وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك ، وهو أي الاستهلاك على هذا الخلاف على ما بيناه آتفا ، وفيه نظر لأن

ثم قيل : يضمه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه مازاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك . وقيل يضمه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ، ولو ديفه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو للمالك بلا شيء لأنه بمنزلة غسل الثوب . ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته مدبوغا . وقيل طاهرا غير مدبوغ لأن وصف الدباغة هو الذي حصل فلا يضمه . وجه الأول وعليه الأكثرون أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه ، وإذا صار الأصل مضمونا عليه فكذلك صفته ، ولو خلل الخمر يلقاه المملح فيه قالوا عند أبي حنيفة : صار ملكا للغاصب ولا شيء له عليه . وعندهما أخذه المالك وأعطى مازاد المملح فيه بمنزلة ديبج الجلد ، ومعناه هاهنا أن يعطى مثل وزن المملح من الخل . وإن أراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل . وقيل في ديبج الجلد ولو استهلكها لا يضمها عند أبي حنيفة خلافا لما كما في ديبج الجلد . ولو خللها بإلقاء الخل فيها ، فعن محمد أنه إن صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء له عليه لأنه استهلاك له وهو غير متقوم ، وإن لم تصر خلا إلا بعد زمان بأن كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما . لأن خلط الخل بالخل في التقدير وهو على أصالة ليس باستهلاك

الغاصب وفي تركه وضمنه القيمة من جهة المالك . ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيها ليس كذلك له . أقول : يمكن أن يخاف من هذا النظر بأن العجز في الاستهلاك لما كان لأمر من جهة الغاصب لذلك العجز فيها تركه المالك على الغاصب وضمنه القيمة كان الأمر من جهة الغاصب فإن المالك إنما تركه عامة وضمنه القيمة بسبب أن الغاصب زاد عليه ماله قيمة فوجب على المالك على تقدير أخذه إعطاء ما يقابل ذلك الزائد وهو لا يقدر على إعطائه ولا يجه ذلك فكان السبب الأصل للعجز الغاصب عن رده فعل نفسه ، ألا يرى أنه لو ديفه بما لا قيمة له وكان هو المالك بلا شيء . كما سيجيء لم يكن للمالك تركه عليه وتضمينه القيمة عند أحد أصلا (قوله ثم قيل يضمه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه مازاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك . وقيل يضمه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ) يعني اختلف المشايخ في كيفية التضمين على قولهما ، فقال بعضهم يضمه قيمة جلد ذكي مدبوغ ويعطيه مازاد الدباغ فيه كما في صور الاستهلاك ، وقال بعضهم : يضمه قيمة جلد ذكي غير

العجز في الاستهلاك لأمر من جهة الغاصب وفي تركه وضمنه القيمة من جهة المالك . ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيها ليس كذلك . ثم اختلف في كيفية الضمان على قولهما فقيل يضمه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه مازاد الدباغ فيه كما في صورة الاستهلاك . وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ، هذا كله إذا ديف بما له قيمة وخلل بنير خلط شيء . أما إذا ديفه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شيء لأنه بمنزلة غسل الثوب وهو لا يزال ملك المالك . ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته في قولهم جميعا لأنه صار مالا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه . فكانت المالية والتقوم جميعا حق المالك فيضم بالاستهلاك . واختلفوا في كيفية الضمان فقيل : ضمن قيمته مدبوغا ، وقيل طاهرا غير مدبوغ . وقد ذكر وجه القولين في الكتاب وهو ظاهر . وإذا خلل الخمر يلقاه المملح فيه قال المشايخ رحمهم الله : صار الخل ملكا للغاصب . ولا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله . وعندهما أخذه المالك وأعطى مازاد المملح فيه كما في ديبج الجلد . وقوله (قالوا) يشير إلى أن ثمة قول آخر ، وهو ما قيل إن هذا الأول سواء لأن المملح صار مستهلكا فيه فلا يعتبر ، وبأن كلامه ظاهر سوى ألفاظ يشير إليها قوله (فهو على ما قيل وقيل) بتكرير قيل إشارة إلى القولين المذكورين في ديبج الجلد ، وهو ما ذكره بقوله ولو كان قائما فأراد المالك ، إلى أن قال : قيل ليس له ذلك ، وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه . وقوله (وهو على أصالة ليس باستهلاك)

(قال المصنف : وعندهما أخذه المالك) أقول : قال صاحب التسهيل : يشكل هذا بما مر من أسلهم ، وهو أنه إذا غره بفعله حتى زال اسم ومسلط منافعه يملكه فيعين الضمان والخل كذلك لزوال اسم الخمر ، ومسلط ما يقصد به من الأغراض بفعله وهو إلقاء الملح ونحوه ، فيعين أن يأخذه . ويمكن أن يقال : كأنه تخطئ بنفسه ، لأن في طبيعته أن يتخطئ بنفسه والمملح أمر هالك لا يستتبع ، بخلاف الخل انتهى .

وعند أبي حنيفة هو للغاصب في الوجهين ، ولا شيء عليه لأن نفس الخلط استهلاك عنده ، ولا ضمان في الاستهلاك لأنه أتلف ملك نفسه . وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الأول لما بينا ، ويضمن في الوجه الثاني لأنه أتلف ملك غيره . وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على إطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء ، لأن الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما ، وقد كثرت فيه أقوال المشايخ وقد أثبتنا ها في كفاية المنتهى . قال (ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا أو مزمارا أو دفا أو أراق له سكر أو منصفاً فهو ضامن ، ويبيع هذه الأشياء جائز) وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يضمن ولا يجوز بيعها . وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو . فأما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالإتلاف من غير خلاف . وقيل الفتوى في الضمان على قولهما . والسكر اسم للفي من ماء الرطب إذا اشتد . والمنصف مذهب نصفه بالطبخ . وفي المطبوخ أدنى طبخة وهو الباقي عن أبي حنيفة وروايتان في التضمين والبيع . لما أن هذه الأشياء أعدت للمعصية فبطلت قوتها كالخمر ، ولأنه فعل ما فعل أمرا بالمعروف وهو بأمر الشرع فلا يضمنه كما إذا فعل بإذن الإمام . ولأبي حنيفة أنها أموال لمصالحها لما يحل من وجوه الانتفاع وإن صلحت لما لا يحل فصار كالأمة المغنية ، وهذا لأن الفساد بفعل فاعل غنار فلا يوجب سقوط التقوم ، وجواز البيع والتضمين مرتبان على المسالية والتقوم والأمر بالمعروف بالبدل إلى الأمر بقدرتهم وباللسان إلى غيرهم ، ويجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكباش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصى تجب القيمة غير صالحة لهذه الأمور ، كذا هذا ، وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما ، ولا يجب للخل لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه وإن كان لو فعل جاز ، وهذا بخلاف ما إذا أتلف على نصراني صليبا حيث

مدبوغ ، كذا في الشروح . أقول : ثمرة هذا الاختلاف غير ظاهرة عندى فإن قيمة جلد مدبوغ بعد أن يطرح عنها قدر ما زاد الدباغ فيه هي قيمة جلد ذكي غير مدبوغ بعينها ، إذ قد قال المصنف فيها مر في بيان أخذ الجلد وإعطاء ما زاد الدباغ فيه أنه ينظر إلى قيمته ذكيا غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغا فيضمن ما بينهما ، وذلك صريح في أن ما بقي من قيمة جلد مدبوغ بعد إعطاء ما زاد الدباغ فيه هو قيمة جلد ذكي بعينها ، فما فائدة الاختلاف المذكور والمآل واحد ، والله تعالى أعلم وأحكم .

أبى أصل محمد رحمه الله ، فإن أصله وهو قول أبى يوسف رحمه الله أيضا أن خلط الشيء بمنسه ليس باستهلاك عندهما وحينئذ كان الخل مشتركا بينهما ، فإذا أتلفه فقد أتلف حق نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خل المصسوب منه . وقوله (هو للغاصب في الوجهين) يعني ما إذا صارت خلا من ساعته أو بعد زمان ، وقوله (أجروا جواب للكتاب) يعني الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ومعناه أن بعضهم حملوه على الوجه الأول وهو التخليل بغير شيء كما تقدم ، وبعضهم أجروه على إطلاقه وقالوا للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها ، وهي التخليل بغير شيء والتخليل بإلقاء الملح والتخليل بعصب الخل فيه لأن الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما . قال (ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا) قال في الجامع الصغير : ومن كسر لمسلم بربطا وهو آلة من آلات الطرب والطبل والزمراء والدف معروفة . وقوله (أراق له سكر) أي صبّه ، يقال فيه هراق يهريق بتحريك الهاء ، وأوراق يهريق بسكونها ، والهاء في الأول بدل من الهزة وفي الثاني زائدة ، وكلامه إلى آخره ظاهر لا يحتاج إلى شرح ، والله أعلم بالصواب .

ويمكن أن يتعلق ببقاء صورته وعدم زوال منافعه ، فإن منافعتها الغير مشروعة كالتمانع (قال المصنف : لأن المسلم ممنوع من تملك عينه) أقول : لعل المراد بالمنع هو الكرامة ، والله أعلم .

يضمن قيمته صليبا لأنه مقرّ على ذلك . قال (ومن غضب أم ولد أو مدبرة فانت في يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة أم الولد) عند أبي حنيفة ، وقالوا : يضمن قيمتها لأن مال المدبرة متقومة بالاتفاق . ومالية أم الولد غير متقومة عنده ، وعندها متقومة ، والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب .

(كتاب الشفعة)

(كتاب الشفعة)

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الإنسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما . والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه . لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز عنه مع كثرة بكترة أسبابه من الاستحقاق في البياعات والأشربة والإجازات والشركات والمزارعات أوجب تقديمها ، كذا في العناية وكثير من الشروح . أقول : لا يذهب عليك أن الوجه الموجبة لترتيب الكتب السابقة على النقط المتقدم كما مر بيانها قد سافت ذكر كتاب الشفعة إلى هنا ، فلا حاجة إلى الاعتذار عن تقديم الغصب على الشفعة بقوله لكن توفر الحاجة إلى معرفته النخ ، فلا وجه لقوله والحق تقديمها عليه النخ عند الملاحظة تلك الوجه الموجبة لترتيب الكتب السابقة على النقط المتقدم كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة . قال بعض الفضلاء بعد أن تنبه لبعض ما قلناه : ثم يمكن أن يقال في وجه التقديم إن الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة . والأعم يستحق التقديم اه . أقول : ليس هذا بسديد ، إذ الغصب لا يعم العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف حينئذ ، بل الغصب عندهما إنما يتصور في المنقول دون العقار كما مر في أوائل كتاب الغصب مفصلا ومشروحا ، وإنما يتأني عزم الغصب للعقار والمنقول على أصل محمد والشافعي كما مر أيضا ثم ، ولا وجه لبناء وجه التقديم على خلاف ما ذهب إليه إمامنا الأعظم وإمامنا الثاني ، إذ لو كني مجرد كون العموم محل اجتihad مجتهد لم يتم قوله بخلاف الشفعة ، فإن الشفعة أيضا تتم العقار والمنقول عند مالك فإنها واجبة في السفن أيضا عنده على ما صرحوا به وسأقي في الكتاب . ثم إن من محاسن الشفعة دفع ضرر الجوار وهو مادة المضار ، قال الله تعالى - وما جعل عليكم في الدين من حرج - وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا إضرار في الإسلام ، ولا شك لأحد في حسن دفع ضرر التأذي بسبب سوء

(كتاب الشفعة)

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الإنسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما . والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه ، لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز مع كثرة بكترة أسبابه من الاستحقاق في البياعات والأشربة والإجازات والشركات

(كتاب الشفعة)

(قوله لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز عنه مع كثرة النخ) أقول : لكن ما ذكر في بيان وجه تأخير الغصب عن المأذون يعني عن بيان سبب تقديم الغصب على الشفعة ، ثم يمكن أن يقال في وجه التقديم أن الغصب يعم العقار والمنقول ، بخلاف الشفعة ، والأعم يستحق التقديم (قوله من الاستحقاق في البياعات والأشربة النخ) أقول : فيه بحث ، إلا أن يقال : كلمة من لتصليل .

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم ، سميت بها لما فيها من ضم المشترية إلى عقار الشفع . قال (الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجوار) أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل

الجوار على اللوام ، وقد جاء في تفسير قوله تعالى - لأعذبه عذابا شديدا - أى لألزمه صعبة الأضداد ، كذا في النهاية ومعراج الدراية . ثم إن الشفعة في اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم ، سميت بها لما فيها من ضم المشترية إلى ملك الشفع ، ومنه شفاع رسول الله صلى الله عليه وسلم للمذنبين لأنه يضمهم بها إلى الطاهرين . وفي الشريعة : هى تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه ، كذا في عامة الشروح والمثون ، إلا أنه وقع في بعضها تملك المقار بدل تملك البقعة ، وصرح في بعض الشروح بزيادة قيد في آخر التعريف وهو قوله بشركة أو جوار وترك ذكره في الأكثر بناء على ظهوره . أقول : في الكل إشكال ، وهو أنه إن كانت حقيقة الشفعة في الشريعة هى التملك المذكور في عامة الكتب يلزم أن لا يصح ما تقرر عندهم ، وسيجيء في الكتاب من أن الشفعة تجب : أى تثبت بعقد البيع وتستقر بالإشهاد وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها حاكم ، لأن ذلك صريح في أن تحقق التملك في الشفعة عند أخذ البقعة المشفوعة بالتراضى أو قضاء القاضي ، فإن كانت حقيقة الشفعة في الشريعة نفس ذلك التملك لزم أن لا يكون لقولهم الشفعة تثبت بعقد البيع وتستقر بالإشهاد صحة ، إذ الثبوت والاستقرار لا يتصور بدون التحقق وحين عقد البيع والإشهاد لم يوجد الأخذ بالتراضى ولا قضاء القاضي لاحالة فلم يوجد التملك أيضا ، فعلى تقدير أن تكون الشفعة نفس ذلك التملك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالإشهاد . وأيضا قد صرحوا بأن حكم الشفعة جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء أو الرضا ، فلو كانت الشفعة نفس التملك لما صلح شيء من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك لأن يكون حكما للشفعة . أما الأول فلاته لاشك أن المقصود من طلب الشفعة إنما هو الوصول إلى تملك البقعة المشفوعة ، وعند حصول تملكها الذى هو الشفعة على القرض المذكور لا يبق محال جواز طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل ، وحكم الشيء يقارن ذلك الشيء أو يقبه ولا يتقدم عليه ، فلم يصلح جواز طلب الشفعة لأن يكون حكما للشفعة على تقدير أن تكون الشفعة نفس التملك . وأما الثاني فلأن ثبوت الملك هو عين التملك في المعنى ، وحكم الشيء ما يفايزه ويترتب عليه فلم يصلح ثبوت الملك أيضا لأن يكون حكما للشفعة على تقدير كون الشفعة نفس التملك . فالأظهر عندى في تعريف الشفعة في الشريعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال : ثم للشفعة عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار اهـ . فإنه إذا كانت حقيقة الشفعة في الشريعة مجرد حق التملك دون حقيقة التملك يتلغ الإشكال الذى ذكرناه بمذاخير هـ ، ويظهر ذلك بالتأمل الصادق ، ولعل مراد عامة العلماء أيضا ذلك ولكنهم تسامحوا في العبارة . ثم إن سبب الشفعة عند عامة المشايخ اتصال ملك الشفع بملك البائع ، لأن الشفعة إنما تجب لدفع ضرر النخيل عن الأصل وهو ضرر سوء المعاملة والمعاشرة ، وإنما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفع بالمبيع . وكان الخصاف رحمه الله تعالى يقول الشفعة تجب بالبائع ثم تجب بالطلب ، فهو إشارة منه إلى أن

والمراد عات أوجب تقديمها . وسببا اتصال ملك الشفع بملك المشتري . وشرطها كون المبيع عقارا وهى مشتقة من الشفع وهو الضم ، سميت بها لما فيها من ضم المشترية إلى عقار الشفع . وفي الشريعة عبارة عن تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشتري بشركة أو جوار . قال (الشفعة واجبة للخليط البع) الشفعة واجبة : أى ثابتة للخليط في نفس المبيع : أى للشريك ثم للخليط في حقه كالشرب والطريق ، ثم للجوار . يعنى الملائق . قال المصنف رحمه الله (أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل

(قوله أوجب تقديمها) أقول : الظاهر تقديمه (قال المصنف : الشفعة مشتقة من الشفع) أقول : يقال شفعت كذا بكذا : إذا جتته شغما به (قوله وفي الشريعة عبارة) أقول : قال الإيتاني : الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار انتهى . ولعله أول ما ذكره غيره من أنها تملك عقار (قوله على المشتري بشركة أو جوار) أقول : لعله لم يذكر فيه جبرا اكتفاء عنه بكلمة على فإنها تدل على الاستعلاء للنبي عن الجبر (قال المصنف : الشفعة واجبة) أقول : أى ثابتة ، وفي قول المصنف أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة إشارة إليه ، وإضافة حق الشفعة بيانية (قال المصنف : أفاد هذا اللفظ) أقول : اللفظ مصغر في الأصل يتناول الكثير أيضا (قوله للشريك) أقول : للام للاستحقاق كما في أمثاله .

واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب . أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة لشريك لم يقاسم » ولقوله عليه الصلاة والسلام

كلهما سبب على التعاقب وأنه غير صحيح . لأن الشفعة إذا وجبت بالمبيع لا يتصور وجوبها ثانيا بالطلب . وذكر شيخ الإسلام رحمه الله أن الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة . لأن حق الشفعة لا يثبت إلا بهما . قال : ولا يجوز أن يقال بأن الشراء شرط والشركة علة وسبب ، فإن الشفع لو سلم الشفعة قبل البيع لأيصح . ولو سلم بعد البيع يصح . ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة وحدها لصح التسام قبل البيع لأنه يحصل بعد وجود سبب الوجوب ؛ ألا يرى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز ، ولما لم يصح تسليم الشفعة قبل البيع عرفنا أن الشركة وحدها ليست بعلة . والحاصل أن استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع أو بالشركة والبيع وتأكدتها بالطلب وثبوت الملك في البقعة المشفوعة بالقضاء أو بالرضا : كذا في الأخيرة . وذكره صاحب النهاية مزييا إلى المبسوط والأخيرة ولتحفة وغيرها . أقول : يجوز أن يكون مراد الحصاف بقوله الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب أنها تجب بالبيع ثم يتأكد وجوبها ويستقر بالطلب فيثول إلى ما ذكره غيره من القول الصحيح المختار . ويكون معنى قوله ثم تجب بالطلب نظير ما ذكره المقسمون في قوله تعالى : « هذا الصراط المستقيم » من أن معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم يكون نفس الهدى متحققة قبل الطلب . ولعل نفاظر هذا في كلام البلغاء أكثر من أن نحصى . والعجب أن عامة ثقات المشايخ حملوا كلام ذلك الهمام الذي يد طول في الفقه على المعنى الذي هو بين البطلان ولم يعمل أحد على المعنى الصحيح مع كونه على طرف الثمائم (قوله أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة لشريك لم يقاسم ») أقول : لقال أن يقول : هذا الحديث وإن دل على بعض المدعى وهو ثبوت حق الشفعة للشريك إلا أنه ينفي بعضه الآخر وهو ثبوته لغير الشريك أيضا كالجار الملاصق ، لأن اللام في الشفعة المذكورة للجنس لعدم العهد ، وتعريف المسند إليه بلام الجنس بفيد قصر المسند إليه على المسند كما تقرر في علم الأدب ، ومثل ينحو قوله عليه الصلاة والسلام « الأئمة من قرش » سبأ وقد أدخل على المسند هاهنا لام الاختصاص كما ترى فكان عريفا في إعادة القصر كما في - الحمد لله - على ما قالوا . فالتفتي اقتضاء حق الشفعة من غير الشريك ، وهو مذهب الشافعي فليتأمل في الجواب . قال صاحب العناية بعد ذكر الحديث المزبور : أي تثبت الشفعة للشريك إذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة ، أما إذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا في الداخل ولا في نفس الدار فيحتل لا شفعة له . واعترض بعض الفضلاء على قوله أما إذا باع بعدها الخ ثم وجهه حيث قال : هذا قول بمفهوم الصفة ، ونحن لا نقول به إلا أن يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية له . أقول : كل من اعترضه وتوجيهه ساقط . أما الأول فلأن قول صاحب العناية : وأما إذا باع بعدها الخ ليس بدخل في تفسير معنى الحديث المزبور حتى ينتجه عليه أن يقال هذا قول بمفهوم الصفة ، ونحن لا نقول به ، بل هو كلام نفسه ذكره بطريق الاستطراد بيانا للواقع . وأما الثاني فلأنه لو كانت اللام الاختصاصية مدارا للتخصيص بمعنى القصر لزم أن يدل الحديث المذكور على عدم ثبوت حق الشفعة للجار الملاصق أيضا لكونه غير شريك لم يقاسم ، فيلزم أن يكون حجة علينا لا لنا (قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام

واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب ، والدليل على الأول ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « الشفعة لشريك لم يقاسم » (أي تثبت الشفعة للشريك إذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة ، أما إذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا في الداخل ولا في نفس الدار فيحتل لا شفعة) (وقوله صلى الله عليه وسلم

(قال المصنف : فلقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة لشريك لم يقاسم ») أقول : قوله لم يقاسم لغف إحبال الخياز ، إذ لا شركة بعد القسمة (قوله تثبت الشفعة) أقول : تكرر فتذكر (قوله أما إذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا في الداخل ولا في نفس الدار) أقول : هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لا نقول به ، إلا أن يقال : التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية (قوله فيحتل لا شفعة) أقول : فيه شيء . إلا أن يقال : المراد لا شفعة للخلطة .

« جاد الدار أحق بالدار ، والأرض ينتظر له » وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً » ولقوله عليه الصلاة والسلام « الجار أحق بسببه ، قيل يا رسول الله ماسبقه ؟ قال : شفعت » وروى « الجار أحق بشفعت » وقال الشافعي : لاشفعة بالجار لقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فيما لم يقسم » فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة »

« جاد الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً » أي جاد الدار أحق بالدار و جاد الأرض أحق بالأرض . وقوله « ينتظر له وإن كان غائباً » : أي الشفع يكون على شفعتة وإن غاب ، إذ لا تأثير للغيبة في إبطال حق تقرر سببه ، كذا قال تاج الشريعة . ويقرب منه قول صاحب العناية : يعني يكون على شفعتة مدة غيبته ، إذ لا تأثير للغيبة في إبطال حق تقرر سببه اه . قال في النهاية : وفي رواية الأسرار ينتظر بها إذا كان غائباً ، ثم قال في الأسرار : فإن قيل : المراد به أحق بها عرضاً عليه البيع ، ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار إذا كان غائباً . قلنا : إن النبي صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الإطلاق فيكون أحق بها قبل البيع وبعده . وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة أحق ، ولأن ما روى عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه سئل عن أرض بيعت ليس لأحد فيها شرك ولا نصيب فقال : الجار أحق بشفعتة » فهذا يطل ذلك التأويل اه . وقال بعض الفضلاء على قوله وإن كان غائباً مقتضى كلمة إن الوصلية أنه إذا لم يكن غائباً ينتظر له بالطريق الأولى . ففي كلامه بحث تأمله اه . أقول : المذكور في كثير من نسخ الهداية إن كان غائباً بدون الواو ، والذي ذكر في حاشية ذلك القائل أيضاً تلك النسخة فحينئذ لا يظهر كون كلمة إن وصلية ، بل المتبادر أن تكون شرطية . ويؤيده رواية الأسرار حيث وقع فيها إذا كان غائباً ، فعل ذلك لا يتوهم أن يكون المعنى إذا لم يكن غائباً ينتظر له بالطريق الأولى . وأما على الرواية بالواو وهي الأكثر وقوعاً في الشروح فلا محذور فيها أيضاً ، لأن معنى قوله ينتظر له وإن كان غائباً على ما بينا أنه يكون على شفعتة وإن غاب ، ولا شك أنه إذا كان على شفعتة حال غيبته فلا يكون على شفعتة حال حضوره أولى بالطريق ، وإن ترك الانتظار على معناه الأصلي وهو التوقف في مهلة وكان المعنى ينتظر له إلى أن يمضي ويفرغ من شفعتة تحققت الأولوية أيضاً فيما إذا لم يكن غائباً ، لأنه إذا وجب الانتظار له إلى أن يمضي ويفرغ من شفعتة مع بعد زمان الانتظار فلا بد يجب الانتظار له إلى فراغه من شفعتة عند حضوره أولى لحصول الانفصال بينهما في زمان قليل تأمل تفهم (قوله وقال الشافعي : لاشفعة بالجار لقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فيما لم يقسم » فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ») قال صاحب العناية : وجه الاستدلال أن اللام للجنس كقوله عليه الصلاة والسلام « الأئمة من قريش » فنحصر الشفعة فيما لم يقسم : يعني إذا كان قابلاً للقسم ، وأما إذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده ، وأنه قال « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حتى كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه ، إلى هنا كلامه اه . أقول : في تقريره نوع خلل

« جاد الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً » (والمراد بالجار الشريك في حق الدار دليل قوله إن كان طريقهما واحداً ، وقوله ينتظر له وإن كان غائباً يعني يكون على شفعتة مدة غيبته ، إذ لا تأثير للغيبة في إبطال حق تقرر سببه . قيل معناه أحق به عرضاً عليه البيع ، ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار وإن كان غائباً . وأجيب بأنه صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الإطلاق قبل البيع وبعده . وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة أحق وهو كونه على شفعتة مدة الغيبة ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم « الجار أحق بسببه . قيل يا رسول الله ماسبقه ؟ قال : شفعت » وفي رواية « الجار أحق بشفعتة » والحديث الأول يدل على ثبوت الشفعة للشريك في نفس المبيع والثاني للشريك في حق المبيع ، والثالث للجار (وقال الشافعي رحمه الله : لا شفعة للجار لقوله صلى الله عليه وسلم « الشفعة فيما لم يقسم » فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ») وجه الاستدلال أن اللام للجنس لقوله

(قوله ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار) أقول : يشير إلى أن قوله ينتظر له جملة تفسيرية (قوله وإن كان غائباً) أقول : مقتضى كلمة إن الوصلية أنه إذا لم يكن غائباً ينتظر له بالطريق الأول ، في كلامه بحث تأمله (قال المصنف : وروى « الجار أحق بشفعتة ») أقول : ينبغي أن يكون أحق صفة لاسم للتفصيل ، إذ لاسق في الشفعة لما دون الجار (قوله وإنه قال : فإذا وقعت الحدود الخ) أقول : مطوف على

ولأن حق الشفعة معلول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه . وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم ، وهذا ليس في معناه لأن مؤنة القسمة تلزمه في الأصل دون الفرع ، ولنا ما رويناه ،

لأن قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم يناقض أوله آخره ، فإن معنى الشريك في حق المبيع من لم يكن حقه مقسوما بل كان حق المبيع مشاعا بينه وبين الآخر ، وقد حكم عليه بكون حقه مقسوما وذلك تناقض لا يفتى ، وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال : فإن قيل كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوما . قلنا : مراده حق كل منهما من الملك اهـ . أقول : فحينئذ يخلت تفريع قوله فلا شفعة فيه على قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم ، إذ لا يلزم من كون حق كل منهما من الملك فقط مقسوما أن لا يثبت فيه شفعة على مقتضى دلالة قوله « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » فإن دلالة على عدم الشفعة في المقسوم من جهتين : ما : أى من جهة نفس الملك كما دل عليه قوله « فإذا وقعت الحدود » ومن جهة حتى المبيع وهو الطريق كما دل عليه قوله « وصرفت الطرق » والأولى والأولى في تقرير المقام أن يقال : وأنه قال « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم من جهة وقوع الحدود ومن جهة صرف الطرق ، والجار الملاصق حقه مقسوم من تينك الجهتين مما فلا شفعة فيه ، إذ على هذا التقرير يقع الاختلال بالكلية ويطابق الشرح المشروح ، فإن المصنف قال : وقال الشافعي : لاشفعة بالجار ، وذكر الحديث المذكور دليلا عليه ولم يتعرض لتغير الجوار . نعم طعن صاحب النهاية في تخصيصه بالجار بالذكر حيث قال : ليس لتخصيص هذا زيادة فائدة . لأن الشافعي كما لا يقول بالشفعة بالجار فكذلك لا يقول بالشفعة بالشركة في الحقوق أيضا ، وكذلك لا يقول بالشفعة فيما لا يحتمل القسمة كالبيئر والنهر اهـ . ولكن يمكن أن يقال : وجه تخصيصه ذلك بالذكر عدم مساعدة دليل الشافعي لعدم ثبوت الشفعة إلا في حق الجار تدبر (قوله وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه . لأن مؤنة القسمة تلزمه في الأصل دون الفرع) فسر صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والشارح العيني المشار إليه بهذا في قول المصنف وهذا ليس في معناه بالجار حيث قالوا وهذا : أى الجار ، وقال صاحب العناية وحده بعد أن قال : أى الجار : يعنى شفعة الجار ، وسكت غير هؤلاء الشراح عن تفسير هذا هنا ، وفسر عاصمهم الفرع في قوله دون الفرع بالجار أيضا ، وفسر صاحب العناية بالمقسوم وتبعه العيني وأجمعوا على تفسير الأصل بما لم يقسم . أقول : الحق الواضح عندي أن المراد بهذا والفرع كليهما هو المقسوم لا غير . لأنه لا حاصل لأن يقال : الجار ليس في معنى ما لم يقسم ' إذ لم يقل أحد بأن الجار في حكم ما لم يقسم . وإنما قلنا إن المقسوم في حكم ما لم يقسم إذا وجد الاتصال بملك البائع ، ولا صحة لأن يقال الجار فرع لما لم يقسم لأن الذى في حكم ما لم يقسم إنما هو

صل الله عليه وسلم « الأئمة من قريش » فنحصر الشفعة فيما لم يقسم : يعنى إذا كان قابلا للقسمة ، وأما إذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده ، وأنه قال « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فيه » وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه . قوله (ولأن حق الشفعة) دليل له معقول ، وتقريره أن حق الشفعة معلول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بلا رضاه ، فكان الواجب أن لا يثبت حق الشفعة أصلا ، لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره قياسا أصلا . ولا دلالة إذا لم يكن في معناه من كل وجه (وهذا) أى الجار : يعنى شفعة الجار ليس في معنى ما ورد به الشرع . لأن ثبوته فيه لضرورة دفع مؤنة القسمة التى تلزمه . وقوله (في الأصل) أى فيما لم يقسم ، ولا مؤنة عليه في الفرع وهو المقسوم ، ويفهم من جملة كلامه أن نزاعه ليس في الجار وحده بل فيه وفي الشريك في حق المبيع لأنه مقسوم أيضا ، وفيما لم يحتمل القسمة كالبيئر والحمام (ولنا ما رويناه) من الأحاديث من قوله عليه الصلاة والسلام « جار الدار أحق بالدار ، وراه الترمذى وقال : حديث حسن صحيح ، وقوله عليه الصلاة والسلام « الجار أحق بسبقه »

توله أن اللام الجنس الخ (قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم) أقول : فإن قيل : كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوما ؟ قلنا : مراده حق كل منهما من الملك (قوله وهذا : أى الجار : يعنى شفعة الجار الخ) أقول : الأول أن يقال : أى محل النزاع

ولأن ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأييد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتباراً بمورد الشرع . وهذا لأن الاتصال على هذه الصفة إنما انتصب سبباً فيه لدفع ضرر الجوار ، إذ هو مادة المضار على ماعرف ، وقطع هذه المادة بتملك الأصل أولى لأن الضرر في حقه يلزجه عن خطة آياته أقوى ،

المقسوم لا الجار نفسه ، وهذا مما لا ستره به ، فعمدة الشراح خرجوا في تفسير كل من الموضعين عن سنن الصواب . وأما صاحب العناية فقد أصاب في تفسير القرع حيث قال فيه : وهو المقسوم ، ولم يصب في تفسير هذا حيث قال فيه : أي الجار ، إلا أنه لما ذاق بشاعة هذا التفسير قال بعده : يعني شفعة الجار لكنه ليس بتمام أيضاً ، إذ لم يقل أحد أيضاً بأن شفعة الجار في معنى نفس مالم يقسم إلا أن يقدر مضاف آخر في قوله معناه أيضاً فيصير المعنى ليس في معنى شفعتة : أي شفعة مالم يقسم ، لكن لا يفتي أنه تحمل بعد تحمل بلا ضرورة داعية إلى شيء منها فالخى ما قلته (لقوله ولأن ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأييد وقرار) قال تاج الشريعة : ذكر التأيد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية ، وذكر القرار احتراز عن المشتري شراء فاسداً ، فإنه لا قرار له إذ النقص واجب دفعا للفساد اهـ . واقتضى أثره صاحب العناية ، ورد بعض الفضلاء قوله والسكنى بالعارية حيث قال : ليس للمستعير ملك حتى يحتز عنه اهـ . أقول : إن لم يكن له ملك من حيث الرقبة فله ملك من حيث المنفعة ، لأن الإعارة تملك المنافع بلا عوض على ماعرف في كتاب العارية ، فكان قوله لأن ملكه متصل بملك الدخيل متناولاً الدار المسكونة بالعارية أيضاً فحصل بقوله اتصال تأييد الاحتراز عن مثل ذلك (قوله فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتباراً بمورد الشرع) قال تاج الشريعة : قوله عند وجود المعاوضة بالمال احتراز عن الإجارة والدار الموهوبة والمجعولة وهما اهـ وقال صاحب العناية : وهو احتراز عن الإجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اهـ . وتبعه الشارح المعنى . أقول : فيه بحث ، لأن المستأجر وإن كان له ملك في الدار المستأجرة من حيث المنفعة لأن الإجارة تملك المنافع بعوض فتتحقق له فيها نوع ملك كما في المستعير على ماهر آفاً ، إلا أن كلا منهما قد خرجا بقوله اتصال تأييد فيما قبل لما معنى الاحتراز عن الإجارة مرة أخرى بقوله هاهنا عند وجود المعاوضة بالمال . وأما المرتين فلا ملك له في الدار الموهوبة لا من حيث الرقبة ولا من حيث المنفعة ، فقد خرج بالملك المذكور من قبل قطعاً مع قطع النظر عن قيد التأييد فلا معنى للاحتراز عن الدار الموهوبة بالقياس المذكور هاهنا أصلاً . والحق أن هذا القيد للاحتراز عن مثل الدار الموهوبة والموهوبة والموصى بها والمجعولة مهرا ، فإن في كل منها يتحقق الملك والتأييد والقرار . لكن لا شفعة فيها لعدم تحقق المعاوضة المالية في شيء منها (قوله لأن الضرر في حقه يلزجه عن خطة آياته أقوى) قال بعض الفضلاء : الدليل أحص من المدعى ، فإن الشفع لا يلزم أن يكون في خطة آياته ، بل قد يكون

رواه البخاري وأبو داود (ولأن ملك الشفع متصل بملك الدخيل اتصال تأييد وقرار) وهو ظاهر ، لأنه المتروك . وقوله تأييداً احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية . وقوله وقرار احتراز عن المشتري شراء فاسداً فإنه لا قرار له لوجوب النقص دفعا للفساد . وكل ما هو كذلك فله حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال وهو احتراز عن الإجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اعتباراً : أي إلحاقاً بالدلالة بمورد الشرع وهو مالم يقسم ، ولا معنى لقوله وهذا ليس في معناه لأنه في معناه (لأن الاتصال على هذه الصفة) يعني اتصال التأييد والقرار (إنما انتصب سبباً في مورد الشرع لدفع ضرر الجوار إذ الجوار مادة المضار) من إيقاد النار وإثارة الغبار ومنع ضوء النهار وإعلاء الجدار للاطلاع على الصغار والكبار (وقطع هذه المادة بتملك الأصل) يعني الشفع (أولى لأن الضرر في حقه يلزجه عن خطة آياته أقوى) فيلحق به دلالة . وحاصله أن الأصل دافع والدخيل رافع والدفع

(قوله وقوة تأييد احتراز عن المنقول) أقول : ليس للمستعير ملك حتى يحتز عنه . ثم قوله السكنى أراد به المسكونة بها (قوله وهو احتراز عن الإجارة) أقول : فيه أنه ليس للمستأجر والمرتين ملك في رتبة المستأجر والمرهون فلا معنى للاحتراز عنها ، ثم ليس بينهما اتصال تأييد . إلا أن يقال : المراد الدار المجعولة أجرة . ثم أقول : واحتراز بهذا القيد أيضاً عن الموهوبة والموهوبة والموصى بها (قال المصنف : لأن الضرر في حقه يلزجه عن خطة آياته أقوى) أقول : الدليل أحص من المدعى ، فإن الشفع لا يلزم أن يكون في خطة آياته ، بل قد يكون مالكا بالبراءة أو الحمية (قوله والحاصل أن الأصل دافع والشفيع رافع) أقول : فيه أن الأصل رافع لملك المشتري وهو دافع .

وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره .

مالكا بالشراء أو الهبة اه . أقول : المعنى المقصود من هذا الدليل أن الضرر في حقه يلزعه عن خطئه الأصلية المقررة أقوى فيعم ماكان مالكا له بالشراء أو الهبة إلا أنه عبر عن أصالة خطئه وتقررها بإضافتها إلى آثائه «بالمعنى في بيان أصالتها وتقررها ، وبناء على ما هو الأكثر وقوعا في العادة ، فأخصية الدليل المذكور بالنظر إلى ظاهر اللفظ دون المعنى المقصود منه فلا محذور فيه» قوله وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره (هذا جواب عن قول الشافعي ، لأن مؤنة الضرر تلزمه في الأصل دون الفرع : يعني أن التحليل بذلك غير صحيح : لأن مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غير مشروع وهو تملك مال الغير بدون رضاه . كذا في الشروح . قال صاحب العناية بعد بيان ذلك : ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لأنه في حيز التعارض اه . أقول : هذا عن يار د بل كاسد ، لأن كون الحديث الذي استدلل به الخصم في حيز التعارض بالحديث الذي رويناه لا يسوغ الاستثناء عن ذكر الجواب . فإن حكم التعارض هو التساقط إن لم يظهر الرجحان في أحد الجانبين ، ولم يتيسر الخلق الجامع بينهما عند الطلب كما عرف في علم أصول الفقه . وعلى تقدير التساقط هاهنا يلزم أن لا يثبت مدعانا كما لا يثبت مدعاه ، وذلك يحل بمطلوبنا هاهنا لاعتالة فلا بد من الجواب . إما بيان الرجحان فيها رويناه أو ببيان الخلق على وفق قاعدة الأصول ، اللهم إلا أن يقال : يكفينا دليلا العقل عند تحقق حكم التعارض بين الأحاديث لكن فيه ما فيه . وقال صاحب العناية : وقد أجاب بعضهم بأن قوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة فيما لم يقسم» من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عداه ، وبأن قوله « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق » مشترك الإلزام . لأنه عليه الصلاة والسلام خلق عدم الشفعة بالأمرين ، وذلك يقتضي أنه إذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا تجب الشفعة اه . أقول : في كل من هذين الجوابين نظر . أما في الأول وهو الذي ذكر في الكافي وعامة الشروح فلأن مدار استدلال الشافعي بقوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة فيما لم يقسم» ليس على مجرد تخصيص كون الشفعة فيما لم يقسم بالذكر حتى يتم الجواب عنه بأن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه ، بل مدار استدلاله بذلك على أن اللام في الشفعة للجنس لعدم المهور فيقتضي قصر الشفعة على ما لم يقسم كما في قوله عليه الصلاة والسلام «الأثمة من قريش» وقد صرحوا به في أثناء تقرير وجه استدلاله بذلك ، ولا ريب أن أداة القصر تدل على نفي ما عدا المذكور ، فالأولى في الجواب عنه ما ذكره تاج الشريعة ، وهو أن الألف واللام كما تدخلان في الاسم للاستغراق تدخلان فيه للمبالغة ، كما يقال العالم في البلد فلان وإن كان

أسهل من الرفع (قوله وضرر القسمة مشروع) جواب عن قوله لأن مؤنة القسمة تلزمه جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة ، فإنه لو لم يأخذ الضعيف المبيع بالشفعة طال به المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرره فكنته الشرع من أخذ الشفعة دفعا للضرر عنه . وتقرير الجواب أن مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره وهو التملك على المشتري من غير رضاه ، ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لأنه في حيز التعارض . وقد أجاب بعضهم بأن قوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة فيما لم يقسم» من باب تخصيص الشيء بالذكر ، وهو لا يدل على نفي ما عداه . وبأن قوله « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق » مشترك الإلزام لأنه صلى الله عليه وسلم خلق عدم الشفعة بالأمرين . وذلك يقتضي أنه إذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا تجب الشفعة ، وإنما نفي الشفعة في هذه الصورة لأنها موضع الإشكال ، لأن في القسمة

(قال المصنف : وضرر القسمة مشروع الخ) أقول : إذا حل كلام المصنف على المنع والست لا بد عليه شيء مما يتوهم ورود (قوله لتحقيق ضرر غيره وهو التملك) أقول : قوله هو راجع إلى الضرر (قوله لأنه عليه الصلاة والسلام خلق عدم الشفعة بالأمرين) أقول : الأصل في اللام إذا لم يكن ثمة مهور أن يحل على الاستغراق كما بين في الأصول . وقد سبق أن استدلاله على مطلوبه بهذا الطريق (قوله وذلك يقتضي لما قلناه : تجب للشفعة) أقول : لاعتبار مفهوم الشرط عندنا وعند الشافعية لاعتباره شرائط . واجتماعها يمنع هنا ، ولعل ذكر صرف الطريق لكونه موجودا غالبا عند القسمة فهو خارج عرج المادة فليتأمل (قوله وإنما نفي الشفعة في هذه الصورة) أقول : أي في سيورة القسمة .

وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام : « الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من الشفيع » فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ،

فيه علماء ، وإذا كان كذلك يكون المراد بما في ذلك الحديث أقوى الأسباب ، ونحن نقول : إن حق الشفعة فيما لم يقسم أقوى ولهذا قلنا على غيره اهـ . وأما في الثاني فلأن حصول الإلزام للشافعي بقوله « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق » على الوجه المذكور في الجواب المزبور ممنوع ، فإن الشافعي وإن قال بمفهوم المخالفة إلا أن له شرائط عنده : منها أن لا يخرج الكلام عن العادة كما في قوله تعالى - وربائبكم اللاتي في حجوركم - على ما عرف في الأصول ، فله إذاً أن يقول فيها نحن فيه إن قوله وصرفت الطرق خرج عن العادة يكون صرف الطرق عند القسمة غالب الوقوع فلا يدل على أنه إذا كان الطريق واحداً تجب الشفعة ، ولئن سلم حصول الإلزام له بذلك فلا ينبغي أن يقال إنه مشترك الإلزام لأن فيه اعتراضاً بكونه ملزماً لإيانا أيضاً ، ولو كنا ملزمين بذلك في هذه المسئلة فما الفائدة لنا في كون الشافعي أيضاً ملزماً به ، وتلك المقئلة إنما بصار إليها في العلوم العقلية عند الضرورة . وعلى هذا لم يقع التعبير بأنه مشترك الإلزام في غير كلام صاحب العناية . فالأولى في الجواب عن آخر ذلك الحديث . وهو قوله « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » ما أشير إليه في الكافي ، وذكر في كثير من الشروح من أنه لم يثبت كون ذلك من نفس الحديث ، بل يجوز أن يكون من كلام الراوي فلا يكون حجة الخصم في عدم استحقاق الشفعة للجار مع ما صرح من الأحاديث الدالة على ثبوت الشفعة للجار ، ولئن ثبت كونه من نفس الحديث فالمراد نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة علماً بما روينا : أي جمعاً بين ذلك الحديث وبين ما روينا أو معناه فلا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرفت الطرق ، وإنما قال هذا لأن القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كانت موضع أن يتوهم استحقاق الشفعة بها كالبيع ، فبين النبي صلى الله عليه وسلم عدم ثبوت الشفعة بها إزالة لذلك الوهم . وأورد علينا من قبل الشافعي أنه عليه الصلاة والسلام قال في رواية « إنما الشفعة فيما لم يقسم » وإنما لإثبات المذكور ونفي ما عداه . وأجيب عنه بعبارة مختلفة . قال في الكافي والكناية : وإنما قد تقتضي تأكيد المذكور لا نفي غير المذكور ، قال الله تعالى - إنما أنت منظر - اهـ . وقال في النهاية : وكلما « إنما » قد تبيح للإثبات بطريق الكمال ، كما يقال « إنما العالم في البلد زيد » أي الكامل فيه ، والمشهور به زيد ولم يرد به نفي العلم عن غيره ، وهاتنا كذلك فإن الشريك الذي لم يقاسم هو الشريك في البقعة وهو كامل في سبب استحقاق الشفعة حتى لا يزاحمه غيره فكان محمولاً على إثبات المذكور بطريق الكمال دون نفي غيره اهـ . وقال في البدائع : أما الحديث فليس في صدره نفي الشفعة عن المقسوم ، لأن كلمة « إنما » لا تقتضي نفي غير المذكور ، قال الله تعالى - إنما أنا بشر مثلكم - وهذا لا ينبغي أن يكون غيره صلى الله عليه وسلم بشراً مثله اهـ . أقول : فيما ذكر في البدائع خلل بين ، إذ قد تقرر في علم الأدب أنه يؤخر المقصور عليه في « إنما » ولا يجوز تقديمه على غيره فالمقصود في قوله تعالى - إنما أنا بشر مثلكم - مدلول أنا والمقصود عليه هو البشرية ، ولا شك أن المراد بالمذكور في قولهم « إنما لإثبات المذكور ونفي غير المذكور هو المقصور عليه إذ بإثبات ذلك ونفي غيره يحصل معنى القصر عليه كما لا يخفى ، فقله وهذا لا ينبغي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشراً مثله لا يدل على أن لا تقتضي كلمة « إنما » نفي غير المذكور الذي هو المقصور عليه ، لأن المقصور عليه في قوله تعالى - إنما أنا بشر مثلكم - إنما هو البشرية لا غيره عليه الصلاة والسلام . والحاصل أن كلمة « إنما » الآية المذكورة لقصر المسند إليه على التسند دون العكس لا محالة . وقوله وهذا لا ينبغي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشراً مثله يبقى على أن يكون المراد هو العكس فليس بصحيح قطعاً (قوله وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام : « الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من الشفيع » ، فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) قال صاحب غاية البيان : فسر صاحب الهداية للشريك بمن كان شريكاً في نفس المبيع ، والخليط بمن كان

معنى المبادلة ، فربما يشكك أنه هل يستحق بها الشفعة أو لا ، فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم الشفعة فيها (والدليل على الثاني) أحسن على الترتيب (قوله صلى الله عليه وسلم « الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من الشفيع ») قال المصنف رحمه الله (فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) ودلالته على الترتيب غير خافية ،

ولأن الاتصال بالشركة في المبيع أقوى لأنه في كل جزء ، وبعده الاتصال في الحقوق لأنه شركة في مرافق الملك ، والرجيح يتحقق بقوة السبب ، ولأن ضرر القسمة إن لم يصلح علة يصلح مرجحاً . قال (وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) لما ذكرنا أنه مقدم . قال (فإن سلم فالشفعة للشريك في الطريق ، فإن سلم أخذها الجار) لما بينا من الترتيب ، والمراد بهذا الجار الملاصق ، وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة أخرى . وعن أبي يوسف أن مع وجود الشريك في الرقبة لاشفعة لغيره سلم أو استوفى لأنهم محجوبون به . ووجه الظاهر أن السبب يقرر في حق الكل ، إلا أن للشريك حق التقدم . فإذا سلم كان لمن يليه

شريكاً في حقوق المبيع وهما في اللغة سواء اهـ . واقتضى أثره الشارح العيني . أقول : إن كان مرادهما مؤاخذه المصنف بتفسيره المزبور كما هو المتبادر من ظاهر لفظهما فالجواب حين ، فإنه لما وقع في الحديث والشريك أحق من الخليط علم أن المراد بالشريك هناك غير الخليط ، إذ لا معنى لكون الشيء أحق من نفسه فلا بد أن يعمل أحدهما على نوع مما أطلق عليه في اللغة والآخر على نوع آخر منه . ثم لما كانت مزية الشركة في نفس المبيع على الشريك في حقوق المبيع أظهر وأجلى فسر المفضل بالأول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا غبار عليه (قوله قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) أقول : لا يرى لقوله هذا فائدة سوى الإيضاح والتأكيد بعد أن قال قبيلة الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ، ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار ، فإن ذلك كما أفاد ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء أفاد الترتيب أيضاً كما صرح به صاحب الهداية ، كيف لا وكلمة ثم صريحة في إفادة التأخير ، وليس للتأخر في الاستحقاق حق عند وجود المتقدم فيه بلاربيب (قوله فإن سلم فالشفعة للشريك في الطريق ، فإن سلم أخذها الجار لما بينا من الترتيب) أقول : تعليل هذه المسئلة بقوله لما بينا من الترتيب غير تام ، لأن ما بينه من الترتيب لا يقتضي أن يستحق المتأخر عند وجود المتقدم وتسليمه لجواز أن يكون المتأخر محجوباً بالتقدم كما في الميراث على ما قال به أبو يوسف في غير ظاهر الرواية . إذ حينئذ لا يستحق المتأخر شيئاً عند وجود المتقدم سلم أو استوفى مع بقاء الترتيب على حاله باتفاق الروايات ، وإنما يكون التعليل المذكور تاماً لو كانت المسئلة هكذا . فإن لم يوجد الخليط في الرقبة فالشفعة للشريك في الطريق أو الشرب ، فإن لم يوجد هذا أيضاً أخذها الجار لأن الترتيب يقتضي هذا المعنى لأعماله ، فالتناسب أن يترك التعليل المذكور هاهنا أو يكتفى بما سبأ من قوله ووجه الظاهر أن السبب يقرر في حق الكل الخ

وهو حجة على الشافعي رحمه الله (ولأن الاتصال) دليل عقل على الترتيب وهو ظاهر ، وكذا قوله (ولأن ضرر القسمة) يعني قد ذكرنا أن دفع ضرر مؤنة القسمة لم يصلح علة للاستحقاق ، لكنه إن لم يصلح علة الاستحقاق يصلح مرجحاً . لأن الرجيح أبداً إنما يقع بما لا يكون علة للاستحقاق . قال (وليس للشريك في الطريق والشرب الخ) إذا ثبت الترتيب ثبت أن المتأخر ليس له حق إلا إذا سلم المتقدم في ظاهر الرواية ، فإن سلم فلمتأخر أن يأخذ بالشفعة لأن السبب قد تقرر في حق الكل ، إلا أن للشريك حق التقدم ، لكن من شرط ذلك أن يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك إذا علم بالبيع فيمكنه الأخذ إذا سلم الشريك . فإن لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك . وأبو يوسف رحمه الله في غير ظاهر الرواية جعل المتقدم حاجباً . فلا فرق إذ ذاك بين الأخذ والتسليم ، والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار ، وكذا هو مقدم على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين ، عن أبي يوسف رحمه الله ، لأن اتصاله أقوى لأن المنزل من حقوق الدار ورافقه ، ولهذا يدخل في بيع الدار متى ذكر مع كل حق

(قال المصنف : ووجه الظاهر أن السبب قد تقرر في حق الكل الخ) أقول : والفرق بين الميراث وما نحن فيه حيث لا يرث الأخ لأب ، مثلاً إذا أسقط الأخ لأب وأم حقه مع تقرر السبب في حق الكل وهو الأنوة أن الميراث ملك اضطراري لا يسقط بإسقاط البهت ، بخلاف حال الشفعة . وبالجمله إنما لا تسلم أنهم محجوبون به ، بل له حق التقدم فقط فتأمل (قوله ووثبت فيها شركة) أقول : فرق بين البيت والمنزل

مقادير الأنصاء لأن الشفعة من مرافق الملك ، ألا يرى أنها لتكامل منفعتها فأشبه الربيع والغلة والولد والثمرة . ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق ؛ ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة ، وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والرجح بقوة الدليل لا بكثرته ، ولا قوة هاهنا لظهور الأخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه . بخلاف الثمرة وأشباهاها . ولو أسقط بعضهم حقه فهي للباقي في الكل على عددهم ، لأن الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت ، ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لأن الغائب لعله لا يطلب . وإن قضى للحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ، ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية ، فلر سلم الحاضر بعد ماقضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف ، لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر

وذلك في حكم شيء واحد ، فإذا صار أحق البعض كان أحق بالجميع اه . أقول : فيه خلل ، لأن الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع في مسئلتنا هو منزل معين من الدار أو جدار معين منها ، ووحدة ذلك لا تؤثر في استحقاق الشفيع جميع الدار . وإنما المؤثر فيه وحدة مجموع الدار وهي لا تلتزم من تفسير الشارع للزبور . وأيضا قوله فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع إنما يطابق وحدة مجموع الدار المبيعة لأوحدة الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع . فكان بين أول كلامه

إذا اجتمع الشفعاء فالشفعة على عدد موسم خلافا للشافعي رحمه الله ، فإذا كان الدار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة قضى بينهما بذلك نصفين عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله أثلاثا بقدر ملكهما لأن الشفعة من مرافق الملك لأنها لتكامل منفعتها ، وكل ما هو كذلك فهو مقدر بقدر الملك كالربيع والغلة والولد والثمرة . ولنا أنهم تساوا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال ؛ ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب ، والتساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى فيه لامحالة ليثبت الحكم بقدر دليله . فإن قيل : الاتصال سبب الاستحقاق وصاحب الكثير أكثر اتصالا فأى يتساويان ؟ أجاب بقوله وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة . لأن الاتصال بكل جزء لما ذكرنا أن صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع ، والرجح إنما يكون بقوة الدليل لا بكثرته . ولا قوة هاهنا لظهور الأخرى بمقابلتها حيث يستحق صاحب القليل ، ولو كان مرجوحا لما استحق شيئا لأن المرجوح يندفع في مقابلة الرجح . وعورض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الأفراد فيجوز أن يكون صاحب القليل عند الانفراد يستحق الجميع ، وإذا انضم إليه صاحب الكثير يتفاوتان . كالأين فإنه يستحق جميع التركة عند انفراده والثلثين مع البنت . وأجيب بأن الهيئة الاجتماعية مطلقا تستلزم ذلك ، أو التام تجمع من عنتين مستقلتين ، والأول ممنوع والثاني مسلم ، ولكن ما نحن فيه من عنتين مستقلتين والهيئة الاجتماعية منهما لا تستلزم زيادة والإلزام للرجح بكثرة العلة وليس بصحيح . ألا ترى أن الشاهدين والأربعة سواء ولم تستلزم الهيئة الاجتماعية زيادة ، ومسئلة الميراث ليست بما نحن فيه ، إذ لم يجمع في الابن عتلان إن ضمنن إحداهما إلى الأخرى فاستلزمت الزيادة ، وإنما ذلك باعتبار تفاوت في حصونه يجعل الشارع كذلك من حيث الحائاتان . وقوله (وتملك ملك غيره) جواب عن جملة الشفعة من ثمرات الملك : يعني أن يتمكن من تلك لا يجعل للشفعة من ثمرات ملكه كالأب فإن له يتمكن من تملك جارية ابنه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه (قوله ولو أسقط بعضهم) يعني وإذا اجتمع الشفعاء وأسقط بعضهم حقه ، فلا يخلو إما أن يكون قبل القضاء له بحقه أو بعده ، فإن كان قبله فالشفعة للباقي في الكل على عددهم دون أنصبتهم كما تقدم ، لأن السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم ، والانتقاص كان للمزاحمة وقد انقطعت بالتسليم

وهو حاصل بهذا الدليل (قوله وعورض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الأفراد الخ) أقول : وهاهنا أيضا كذلك ، فإنه عند الاجتماع لا يستحق الجميع (قوله يعني أن يتمكن من تلك لا يجعل للشفعة من ثمرات ملكه كالأب الخ) أقول : فيه بحث .

يقطع حتى الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء . قال (والشفعة تجب بعقد البيع) ومعناه بعده لا أنه هو السبب ، لأن سببها الاتصال على ما بيناه ،

وآخره تنافر لايختص (قوله والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده) أقول : كون معناه بعده محل كلام من حيث العربية ، فإن معنى الباء بمعنى بعد لم يذكر في مشاهير كتب العربية ، فالأظهر أن تكون الباء في قوله تجب بعقد البيع بمعنى مع المصاحبة والمقارنة ، فإنه كثير شائع مذكور في عامة معتبرات كتب الأدب ، والمعنى المقصود هاهنا يحصل به أيضا بلا كلفة كما لا يخفى على الفطن المتأمل . فلا مقتضى للعدول عنه (قوله لا أنه هو السبب لأن سببها الاتصال على ما بيناه) يعنى في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال كما ذكر في النعانية وكثير من الشروح ، أو في قوله لأن الاتصال على هذه الصفة إنما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار كما ذكر في الكفاية . قال صاحب النعانية : وهذا قول عامة المشايخ ، لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصل بسوء المعاملة والمعاشرة . والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفع . ولهذا قلنا بشوئها للشريك في حقوق المبيع وللجار لتحقق ذلك اهـ . أقول : في قولهم والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفع مناقشة . لأنهم إن أرادوا بذلك أن الضرر إنما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفع يلزمهم أن يتحقق الضرر للشفيع قبل أن يبيع البائع ملكه لتحقق اتصال ملكه بملك الشفع قبل البيع فيلزمهم أن تجب الشفعة قبله أيضا لدفع ذلك الضرر . وليس كذلك قطعاً ، وإن أرادوا به أن الضرر إنما يتحقق بدخلية اتصال ملك البائع بملك الشفع فهذا لا ينأى بدخلية البيع أيضا فلا يلزم أن يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا فليتأمل . ثم قال صاحب النعانية : ورد بأنه لو كان الاتصال هو السبب لحاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب ، ألا ترى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح . وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للمشروط قبله . ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كأداه الزكاة قبل الحول وإسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل . والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه ، وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط ضرورى ، قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد اهـ كلامه . أقول : لقاتل أن يقول : امتناع تحقق المشروط قبل تحقق الشرط ضرورى ، سواء كان المشروط هو الجواز أو الوجوب . فإذا كان عدم تحقق شرط الجواز مانعا عن اتصال السبب بالمحل كما قالوا لزم

ولو كان البعض غائبا يقضى بها بين الحاضرين على عديمه لأن الغائب لعله لا يطلب : يعنى قد يطلب وقد لا يطلب ، فلا يترك حتى الحاضرين بالشك ، وإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر وطلبها يقضى له بالنصف ، فإن حضر ثالث فيثب ما في يد كل واحد منهما بتحقيقا للتسوية . وإن كان بعد القضاء له فليس للآخر أن يأخذ إلا النصف لأن القاضي لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضيا عليه من جهة صاحبه فبقضى به لصاحبه ، والمقضى عليه في قضية لا يصير مقضيا له فيها ، ولا فرق في هذا بين ما استووا في سببها وبين ما يكون بعضهم أقوى كالشريك مع الجار ، وكذا لو سلم : أى أصر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف وهو مسألة الكتاب ، لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حتى الغائب عن النصف ، بخلاف ما قبل القضاء . قال (والشفعة تجب بعقد البيع) وهو يومه أن الباء للسببية فيكون سببها العقد وليس كذلك (لأن سببها الاتصال على ما بيناه) يعنى في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال ، وهذا قول عامة المشايخ لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصل لسوء المعاملة والمعاشرة . والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفع . ولهذا قلنا بشوئها للشريك في حقوق المبيع وللجار لتحقق ذلك . ورد بأنه لو كان السبب لحاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب ، ألا ترى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح . وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للمشروط قبله . ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كأداه الزكاة قبل الحول وإسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل . والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه ، وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد . (قوله لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل ، إلى قوله : والضرر إنما يتحقق بالبيع) أقول : فيه تأمل (قوله ولا كلام فيه ، وإنما هو في شرط الجواز) أقول : قوله هو راجع إلى كلام .

والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفعي إذا أقرّ البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه . قال (وتستقرّ بالإشهاد ، ولا بد من طلب الموائبة) لأنه حتى ضعيف يبطل بالإعراض ، فلا بد من الإشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه .

أن يكون عدم تحقق شرط الوجوب أيضا مانعا عن ذلك فلم أن لا يكون الواجب متأديا بأداء الزكاة قبل الحول لعدم تحقق شرط الوجوب قبله ، وكذا الحال في إسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل مع أن المصريح به في موضعه خلاف ذلك . ثم أقول : يمكن أن يجاب بأن المراد بالوجوب في قوله إن ذلك شرط الوجوب هو وجوب الأداء دون نفس الوجوب ، فإن نفس وجوب الزكاة يتحقق بملك النصاب للتأويل ، وحولان الحول إنما هو شرط وجوب أدائها كما صرحوا به في كتاب الزكاة ، وكذا حلول الأجل في الديون المؤجلة إنما هو شرط وجوب أدائها لا شرط نفس وجوبها ، واللازم أن لا يتحقق وجوب الأداء قبل الحول وقبل حلول الأجل ، ولا يلزم منه أن لا يكون الواجب بنفس الوجوب متأديا بأداء الزكاة قبل حلول الحول وبأداء الدين قبل حلول الأجل ، والمصرح به في موضعه إنما هو تأدي الواجب بنفس الوجوب لا غير (قوله والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها) أي يعرف رغبة البائع عن ملك الدار ، وفسر صاحب العناية ضمير فيه في قوله والوجه فيه بهذا التأويل حيث قال : والوجه فيه : أي في هذا التأويل ، وتبعه العيني . أقول : لا يذهب على ذي فطرة سليمة أنه لا مدخل للتأويل الذي ذكره المصنف بقوله ومعناه بعده لا أنه هو السبب في جريان هذا الوجه : إذ هو جار بعينه على تقدير أن يكون معنى كلام القدوري أن البيع هو السبب كما لا يخفى على الفطن ، فلا حاجة إلى بناء هذا الوجه على ذلك التأويل بل رجاء ضمير فيه إليه ، بل لا وجه له عند التحقيق لأن المصنف علل تأويله المذكور بقوله لأن سببها الاتصال على ما بيناه . فما معنى أن يكون قوله والوجه فيه تعليلا له بعد ذلك ؟ فالجواب أن قوله والوجه فيه الخ متصل بأول الكلام وهو قوله والشفعة تجب بمقدد البيع ، ومن عادة المصنف أنه إذا كان في عبارة المسئلة عقدة يحلها ثم يذكر دليل المسئلة وما هنا أيضا فعل ذلك (قوله ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفعي إذا أقرّ البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه) أقول : فيه تأمل . إذ قد تقرّر فيها مرّ أن علة ثبوت حق الشفعة عندنا ، إنما هي دفع ضرر الدخيل عن الأصل بسوء المعاملة والمعاشرة ، والظاهر أن ذلك البصر إنما يتحقق عند ثبوت البيع في حق المشتري لأنه هو الدخيل لاعتد ثبوته في حق البائع مع تكذيبه المشتري . لأن البائع أصيل كالشفيع . فن أين يتحقق ضرر الدخيل عند عدم ثبوت البيع في حق المشتري حتى يثبت حق الشفعة لدفع ذلك الضرر تفكر . قال في العناية : ونوقض بما إذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة . وأجيب بأن في ذلك ترددا لبقاء الخيار للبائع ، بخلاف الإقرار فإنه يغير به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فصول به كما

(قوله والوجه فيه) أي في هذا التأويل (أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار) ورغبته عنه أمر حتى لا يطالع عليه ، وله دليل ظاهر وهو البيع في مقامه . والحاصل أن الاتصال بالملك سبب ، والرغبة عن الملك شرط ، والبيع دليل على ذلك قائم مقامه ، بدليل أن البيع إذا ثبت في حق الشفعي بإقرار البائع به صح له أن يأخذ . وإن كذبه المشتري . ونوقض بما إذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة . وأجيب بأن في ذلك ترددا لبقاء الخيار للبائع . بخلاف الخيار فإنه يغير به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فصول به كما زعمه ، والحية لاتدل على ذلك إذ غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية . قال (وتستقرّ بالإشهاد) للشفعة أحوال استحقاق ، وهو بالاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم واستقرار وهو بالإشهاد وهو يعتمد الطلب ، ولا بد من طلب الموائبة : أي من طلب الشفعة على المسارعة قضى في الطلب إلى الموائبة لتلبس بها لأنه : أي الشفعة ذكر الضمير نظرا إلى حق يبطل بالإعراض . قال عليه الصلاة والسلام « الشفعة كحل العقال . إن قيدها ثبت » وهو كناية عن سرعة السقوط ، وكل ما هو كنفك لابد من دليل يدل على أنه أعرض

(قوله إذ عرض الواهب المكافأة) أقول : فيه شيء فإنه لا يتشكك في الجهة القريب المحرم ، وفي أعاد الواهب الدوس .

ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد . قال (وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم) لأن الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل إلى الشفع إلا بالتراضي أو قضاء القاضي كما في الرجوع والهبة . وتظهر فائدة هذا فيما إذا مات الشفع بعد الطلبيين وباع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار يجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم الخصام لاتورث عنه في الصورة الأولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له . ثم قوله يجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب إلا عند معاوضة المال بالمال على ما بينه إن شاء الله تعالى ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

زعم ، والهبة لاتدل على ذلك لأن غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية انتهى . أقول : في الجواب عن النقض بصورة الهبة بحث ، لأنه إن كان مدار ذلك على مجرد كون غرض الواهب المكافأة لا يستقيم أصلاً ، فإن كون غرضه المكافأة لا ينافي رغبته عن ملكه ، ألا يرى أن غرض البائع أيضاً المكافأة بالثمن مع أنه لا ينافي رغبته عن المبيع بل يدل عليها كما ذكروا وإن كان مداره على صحة الرجوع للواهب وعدم انقطاع حقه عن الموهوب بالكلية لا يدفع النقض بالهبة التي لا يصح الرجوع فيها ، كما إذا وهب لقرية المحرم أو لزوجته وأخذ العوض عنها بغير شرط في العقد ، إذ غير ذلك مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع . فإن في هذه الصور لا يصح رجوع الواهب وينقطع حقه عن الموهوب بالكلية كاتقطاع حق البائع عن المبيع مع أنه لا شفعة فيها فبقي النقض بها (قوله ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد) أقول : فيه شيء وهو أن احتياجه إلى إثبات طلبه عند القاضي إنما هو إذا أنكر المشتري طلبه . وأما إذا لم ينكره فلا احتياج إلى ذلك ، فعلى مقتضى هذا التعليل ينبغي أن لاتبطل الشفعة بترك الإشهاد فيما إذا لم ينكر الخصم طلبه ، مع أن الظاهر من كلماتهم بطلانها بترك ذلك مطلقاً . فإذا قلت : وقت الإشهاد مقدم على وقت الخصومة ، ففي وقت الإشهاد إنكار الخصم طلبه وعدم إنكاره إياه غير معلوم . فإن ترك الإشهاد في ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه ، بل يحتمل إعراضه عنه فلهذا تبطل الشفعة بترك الإشهاد مطلقاً . قلت : هذا مشير إلى التعليل الأول ولا كلام فيه ، وإنما الكلام في أن التعليل الثاني هل يصلح أن يكون دليلاً مستقلاً هاهنا كما يقضيه قول المصنف ولأنه يحتاج إليه إلى آخره (قوله وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها حاكم) أقول : في عبارة الكتاب هاهنا قصور من وجهين : أحدهما أن قوله أو حكم بها حاكم عطف على سلمها المشتري وقد وقع المعطوف عليه في حيز الأخذ فكان الأخذ معتبراً في التسليم فلزم أن يكون معتبراً في حكم الحاكم أيضاً على مقتضى العطف ، إذ قد تقرّر في علم الأدب أن المعطوف في حكم المعطوف عليه في كل أمر يجب للمعطوف عليه بالنظر إلى ما قبله ، مع أن الملك يثبت للشفيع بحكم الحاكم قبل أخذه الدار على ما نصوا عليه حيث قال في الكافي بعد قوله أو حكم بها حاكم : فإنه يثبت الملك بحكمه وإن لم يأخذ الدار . وقال في شرح الكنز للزيلعي : أي تملك الدار المشفوعة بأحد أمرين : إما بالأخذ إذا سلمها المشتري برضاه ، أو بحكم الحاكم من غير أخذ . وقال صدر الشريعة في شرح قول صاحب الوقاية وتملك بالأخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي . قوله بقضاء القاضي عطف على الأخذ لاعل التراضي ، لأن القاضي إذا حكم يثبت للملك للشفيع قبل أخذه انتهى . وكان صاحب النناية غافل عن ذلك حيث قال : وهو أي التملك إنما يكون بالأخذ ، إما بتسليم المشتري أو بقضاء القاضي ، فإنه

عنه أو دام عليه . والإشهاد والطلب يدلان على الدوام فلا بد منهما ، ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ، ولا يمكنه إلا بالإشهاد . وتملك . وهو إنما يكون بالأخذ إما بتسليم المشتري أو بقضاء القاضي ، ودليله المذكور ظاهر . وقوله (وتظهر فائدة هذا) أي توقف الملك في الدار المشفوعة بعد الطلبيين إلى وقت أخذ الدار بأحد الأمرين المذكورين . وقوله (يعني في الصورة الأولى) إذا مات الشفع لأنه لم يملكها فلا تورث عنه . وقوله (في الثانية) يعني إذا باع داره لزوجته وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم . وقوله (في الثالثة) يعني إذا بيعت دار يجنب الدار المشفوعة لأنه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها . وقوله (ثم قوله يجب بعقد البيع) يعني قول القدوري رحمه الله ، والله أعلم .

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

قال (وإذا علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه : طلب الموائبة وهو أن يطلبها كما علم ، حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفعة بطلت الشفعة لما ذكرنا ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة لمن واثبها » ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله أو في وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفيعته وعلى هذا عامة المشايخ ، وهو رواية عن محمد . وعنه أن له مجلس للعلم ، والروايتان في النوادر . وبالثانية أخذ الكرخي ، لأنه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمّل كما في الخيرة . ولو قال بعد ما بلغه

ضريح في اعتبار الأخذ في قضاء القاضى أيضا . وثانيهما أن تسليم الدار المشفوعة ليس بوظيفة المشتري دائما . فإن المصنف صرح فيما مرّ أنّها يكتفى بثبوت البيع في حقّ البائع حتى يأنزلها الشفيع إذا أقرّ البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه . ففي هذه الصورة إنما يسلمها البائع دون المشتري فكان الأحق بالمقام أن يقال إذا سلمها الخصم بدل قوله إذا سلمها المشتري ليشمل تسليم المشتري وتسليم البائع كما قال المصنف فيما بعد قبل حكم الحاكم أو تسليم الخصم تبصر .

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه ، كذا في عامة الشروح . أقول : هذا بيان من الشراح لوجه ذكر الشطر الأول من شطري عنوان الباب وهو طلب الشفعة . ولم يتعرض أحد منهم لوجه ذكر الشطر الثاني منها وهو قوله والخصومة فيها ، ولعل وجهه أنه لما كان للخصومة في الشفعة شأن مخصوص وتفاصيل زائدة على سائر الخصومات كما ستظهر شرع في بيانها أيضا أصالة (قوله اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه : طلب الموائبة وهو أن يطلبها كما علم ، حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفيعته لما ذكرنا) قال الشراح : قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله قبل الباب لأنحق ضعيف يبطل بالإعراض فلا بد من الإشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه . أقول : فلقاتل أن يقول : ما ذكره هناك كما يدل على لزوم طلب الموائبة يدل أيضا على لزوم الإشهاد فيه حيث قال : فلا بد من الإشهاد والطلب ، وسيأتى التصريح منه بأن الإشهاد فيه ليس بلامرئ إنما هو لنفي التجاحد . والجواب أن المراد بالإشهاد المذكور هناك هو الذي في طلب التقرير دون طلب الموائبة يرشد إليه تقديم الإشهاد على الطلب في قوله فلا بد من الإشهاد والطلب ، إذ لو كان المراد بالإشهاد هناك هو الإشهاد على طلب الموائبة لكان ذكر الطلب بعده لغوا ، إذ لا يتصور الإشهاد على طلب الموائبة بدون تحقق نفس ذلك الطلب . ويدل عليه قوله قبيل ذلك وتستقرّ بالإشهاد إذ الشفعة لا تستقرّ إلا بعد طلب التقرير والإشهاد على مقتضى ما سيأتى في الكتاب فلا تنافي بين كلامي المصنف (قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة لمن واثبها ») أقول : في وجه الاستدلال بهذا الحديث نوع إشكال ،

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه . قال (وإذا علم الشفيع بالبيع) كلامه ظاهر لا يحتاج إلى بيان سوى ألفاظ تنبيه عليها (طلب الموائبة) سمى بها تبركا بلفظ الحديث « الشفعة لمن واثبها » أي طلبها على وجه السرعة والمبادرة (قوله وهو أن يطلبها كما علم) أي من غير توقف . سواء كان عنده إنسان أو لم يكن . وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله قبل

(باب طلب الشفعة)

(قال المصنف : لأنه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان للتأمّل كما في الخيرة) أقول : تحقيقه أن الشرع أوجب له حق التملك ، ولو أوجب البائع له ذلك يلزم بالبيع كان له خيار التملك ما دام في مجلسه ، فهذا مثله ، كذا في شرح الكاكي ، والفرق ظاهر ،

اليوم - الحمد لله - أو لاجل ولا قوة إلا بالله - أو قال وسبحان الله - لا تبطل شفعتي. لأن الأول حد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد إضراره، والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الإعراض، وكذا إذا قال من ابتاعها وبكم يبعث لأنه يرغب فيها بشئ دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض، والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة بطلب الموائمة، والإشهاد فيه ليس بلازم، إنما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي. ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال: طابت الشفعة أو أطلبها أو أنا طالبها، لأن الاعتبار للمعنى. وإذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى

لأنه إن كان مداره على نفي الشفعة عن لم يوائها بطريق مفهوم مخالفة فنحن لا نقول بمفهوم مخالفة فكيف يكون حجة لنا؟ وإن كان مداره على أن لا يلام الجنس في الشفعة ولا م الاختصاص في لمن وأنها تدلان على اختصاص الشفعة بمن وأنها، كما قالوا في - الحمد لله - أن لا يلام الجنس والاختصاص دلتا على اختصاص الحمد بالله تعالى، فإدعينا النقض بقوله صلى الله عليه وسلم «الشفعة لشريك لم يقاسم» كما ذكر في صدر هذا الكتاب، إذ يلزم حينئذ أن يدل ذلك أيضا على نفي الشفعة عن ليس بشريك لم يقاسم مع أن الشفعة ثابتة عندنا لغير الشريك أيضا كالجوار الملاصق فتأمل (قوله والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة بطلب الموائمة والإشهاد فيه ليس بلازم إنما هو لنفي التجاحد) قال صاحب النهاية: وذلك لأن طلب الموائمة ليس لإثبات الحق. وإنما شرط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وغير راض بجوار هذا الدخيل والإشهاد ليس بشرط فيه اه واقتضى أثره صاحب العناية وعده تحقيقا حيث قال: وتحقيقه أن طلب الموائمة ليس لإثبات الحق، وإنما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والإشهاد في ذلك ليس بشرط اه. أقول: لقاتل أن يقول: طلب التقرير والإشهاد ليس لإثبات الحق بل ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة، وإنما الذي لإثبات الحق طلب الخصومة مع أن الإشهاد في طلب التقرير لازم على ما يقتضيه كلام المصنف في بيان طلب التقرير والإشهاد فيما بعد، فكان ذلك الوجه الذي عدّه صاحب العناية تحقيقا مقوضا بلزوم الإشهاد في طلب التقرير كما ترى. فإن قلت: لزوم الإشهاد في طلب التقرير لأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد كما ذكره المصنف فيما قبل الباب، وسيأتى ذكره مرة أخرى في بيان طلب التقرير والإشهاد في هذا الباب. قلت: ذلك إنما يكون وجهًا للزوم الإشهاد في طلب التقرير، وهو لا يدفع انتقاض الوجه الذي ذكره الشارحان الزبور لأن لعدم لزوم الإشهاد في طلب الموائمة بلزومه في طلب التقرير كما بيناه، وكلامنا في هذا الوجه على أن في ذلك الوجه أيضا كلاما، لأنه إن أريد أنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي كأن اعترف به الخصم فهو ممنوع، وإن أريد أنه يحتاج إلى إثباته عند التجاحد فكذلك الحال في طلب الموائمة أيضا. ثم أقول: يمكن أن يمنع لزوم الإشهاد في طلب التقرير أيضا بناء على ما ذكره الإمام قاضي خان في فتاواه حيث قال: وإنما سمي الثاني طلب الإشهاد لأن الإشهاد شرط بل يمكنه إثبات الطلب عند وجود الخصم اه، فإنه يدل على أن الإشهاد في طلب التقرير أيضا ليس بلازم، بل إنما هو لنفي التجاحد كما في طلب الموائمة، وبناء على ما ذكره

الباب لأنه حق ضعيف. وقوله (والإشهاد فيه ليس بلازم إنما هو لنفي التجاحد) يعني ربما يحسد الخصم فيحتاج إلى الشهود. وتحقيقه أن طلب الموائمة ليس لإثبات الحق وإنما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة، والإشهاد في ذلك ليس بشرط. وقوله (بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة) قال محمد بن الفضل البخاري: لو قيل لقروى بيع أرض يجب أرضك فقيل شفعة شفعة كان ذلك طلبا منه صحيحا، ومن الناس من قال: إذا قال الشفيع طلبت الشفعة وأخذتها بطلت شفعتي لأن كلامه وقع كلبا في الابتداء فكان كالسكوت. والصحيح أنه لا يبطل لأنه إنشاء عرفا. ومنهم من قال: لو قال أطلب وأخذ بطل لأنه عدّه

فإن الشفيع لا يملكه بطلب الموائمة فقط، بل بالأخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي، فله بعد طلب الموائمة زمان التأمل، بخلاف للفتوى عند إعجاب البائع والخير (قال المصنف: لأن الاعتبار للمعنى) أقول: والمراد من الأول إنشاء الطلب لا مجرد منه ليكون كلبا،

يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة ، وقالوا : يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حرّاً كان أو عبداً صيباً كان أو امرأة إذا كان الخبر حقا . وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخبرناه فيما تقدم ، وهذا بخلاف المخيرة إذا أخبرت عنده ، لأنه ليس فيه إلزام حكم . وبخلاف ما إذا أخبره المشتري لأنه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم . والثاني طلب التقرير والإشهاد ، لأنه محتاج إليه لإثباته عند القاضي على ما ذكرنا ، ولا يمكنه الإشهاد ظاهرا على طلب الموائبة لأنه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير ويأمنه ما قال في الكتاب (ثم ينهض منه) يعني من المجلس (ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده) معناه لم يسلم إلى المشتري (أو على الميتاع أو عند العقار : فإذا فعل ذلك استقرت شفעתه) وهذا لأن كل واحد منهما خصم فيه ، لأن للأول اليد ولثاني الملك . وكذا يصح الإشهاد عند المبيع لأن الحق متعلق به ، فإن سلم البائع المبيع لم يصح الإشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصما : إذ لا يد له ولا ملك

صاحب البدائع حيث قال : وأما الإشهاد على ظاهر الطلب فليس بشرط ، وإنما هو لتوثقه على تقدير الإنكار كما في الطلب الأول اهـ . فيحتاج كان الوجه الذي ذكره الشارحان المبروران سالما من الانتقاض كما لا يخفى (قوله وقالوا : يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حرّاً كان أو عبداً صيباً أو امرأة إذا كان الخبر حقا) أقول : في التقييد بقوله إذا كان الخبر حقا ضرب إشكال ، لأن الكلام فيها إذا بلغ الشفع بيع الدار بالإخبار ، وفي ذلك إنما يحصل له العلم بكون الخبر حقا لسبب الوثوق بإخبار غيره ، والظاهر أن مدار الوثوق بإخبار غيره فيها إذا كان طريق العلم منحصر في الإخبار هو حال الخبر كعدالته وتعدد ما يورث الوثوق بإخباره ، ولهذا اعتبره أبو حنيفة رحمه الله ، وإذا لم يكن شيء من العدد والعدالة شرطا عندهما فيما نحن فيه وفي نظاره كما صرحوا به بل كان خبر الواحد مطلقا كافيا فما معنى تعليق وجوب الإشهاد على الشفع إذا أخبره واحد مطلقا بكون الخبر حقا ولا طريق للعلم بكونه حقا في صورة هذه المسئلة سوى إخبار الواحد . فإن أفاد مثل ذلك الإخبار العلم بتعين كونه حقا ، وإن لم يفقه فلا مجال للعلم بكونه حقا . وعلى كل حال لا يري للتعليق بكونه حقا وجه ظاهر فتفكر .

محض ، والمختار ما ذكره المصنف . وقوله (وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه النسخ) إشارة إلى ما ذكره في آخر فصل القضاء بالموارث وهو من فصول كتاب أدب القاضي ، وأراد بأخواته المولى إذا أخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر إليها . وقوله (بخلاف المخيرة إذا أخبرت عنده) أي عند أبي حنيفة : يعني أن المرأة إذا أخبرت بأن زوجها غيرهما في نفسها ثبت لها الخيار عدلا كان الخبر أو غيره . فإن اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق ، وإلا فلا لما ذكر أنه ليس فيه إلزام حكم حتى يشترط فيه أحد شرطى الشهادة . وقوله (أو على الميتاع) يعني المشتري (أو عند العقار) قال شيخ الإسلام : الشفع إنما يحتاج إلى طلب الإشهاد بعد طلب الموائبة إذا لم يمكنه الإشهاد عند طلب الموائبة بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدار . أما إذا سمع الشراء بحضرة أحد هؤلاء فطلب الموائبة وأشهد على ذلك فذلك يكفي ويقوم مقام الطلبيين . فإن ترك الأقرب من هذه الثلاثة وقصد الأبعد وكانوا في مصر واحد بطلت الشفعة قياسا ولم تبطل استحسانا . لأن نواحي مصر جعلت ككاحية واحدة ، ولو كان أحدهم في مصر والآخران في مصر آخر أو في رستاق هذا المصر فترك الأقرب إلى الأبعد بطلت قياسا واستحسانا ثم مدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الإشهاد عند حضرة أحد هؤلاء ، حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفעתه .

وكذا الثاني ، وليس بهد على ما زعموا (قال المصنف : ويشهد على البائع النسخ) أقول : قال الإقناني : وينبغي أن ينهب إلى أقربهم ، حتى لو ترك الأقرب ونهب إلى الأبعد وأشهد على الطلب يبطل حقه قالوا هذا إذا كانوا على طريق واحد ، فأما إذا كانت الطرق مختلفة في النعاب إليهم لا يبطل حقه بالنعاب إلى الأبعد ، لأنه ربما يكون به عثر في طريق لا يكون ذلك في طريق آخر ، كذا في شرح التكايا اهـ . ثم نقل عن للفتاوى الصنبري أن الشفع إذا ترك الأقرب وطلب عند الأبعد فإن كان الشفع أو الأبعد خارج المصر تبطل الشفعة ، وإن كان كلاهما في المصر لا تبطل استحسانا اهـ .

فصار كالأجنبي : وصورة هذا الطلب أن يقول : إن فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد نكثت طليعت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك . وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديدته ، لأن المطالبة لا تنصح إلا في معلوم . والثالث طلب الخصومة والمثلك ، وسند ذكر كفيته من بعد إن شاء الله تعالى . قال (ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف . وقال محمد : إن تركها شهرا بعد الإشهاد بطلت) وهو قول زفر ، معناه : إذا تركها من غير عذر . وعن أبي يوسف أنه إذا ترك الخصومة في مجلس من مجالس القاضى تبطل شفعته ، لأنه إذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على إعراضه وتسليمه . وجه قول محمد أنه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبدا يتضرر به المشتري لأنه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفعين فقد درناه بشهر لأنه آجل وما دونه عاجل على مامر في الأيمان . ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بإسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق ، وما ذكر من الضرر يشكل بما إذا كان غائبا ، ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ، ولو علم أنه لم يكن في البلد قاض لا تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضى فكان عذرا . قال (وإذا تقدم الشفعين إلى القاضى فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضى المدعى عليه ، فإن اعترف بملكه الذى يشفع به وإلا كلفه بإقامة البينة) لأن اليد ظاهر محتمل فلا تكفى لإثبات الاستحقاق . قال رحمه الله : يسأل القاضى المدعى قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها : لأنه ادعى حقا فيها فصار

ثم اعلم أنه مما يجب التنبيه له أن المراد بالإشهاد هاهنا نفس طلب الموائبة لا الإشهاد على ذلك الطلب ، وإلا يلزم أن يكون قوله هاهنا يجب عليه أن يشهد مناقضا لقوله فيما مر والإشهاد فيه ليس بلازم ، وقد نبه عليه تاج الشريعة عند قول المصنف والإشهاد فيه ليس بلازم حيث قال : هذا لا ينافى قوله يجب عليه أن يشهد ، لأن المراد من الأول الإشهاد على الطلب ، ومن الثانى طلب الموائبة وأنه واجب على تقدير أن يطلب الشفعة اهـ . وسبأى نظير هذا في الكتاب في أول باب ما يبطل به الشفعة ، فإنه لما قال هناك وإذا ترك الشفعين الإشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته حل عامة الشراخ الإشهاد المذكور هناك على نفس طلب الموائبة ثللا يخالف ما ذكره المصنف من قبل . وذكر في الذخيرة وغيرها أيضا من أن الإشهاد في طلب الموائبة ليس بلازم ، وإنما هو لنى التجاحد (قوله وصورة هذا الطلب أن يقول : إن فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد نكثت طليعت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك) أقول : في هذا التصوير نوع تقصير ، لأنه إنما يتمشى فيما إذا كان الإشهاد عند الدار . فإن الإشارة بهذه الدار إنما تتصور في هذه الصورة ، والمذكور فيما قبل مجموع الأقسام الثلاثة للإشهاد : أعنى الإشهاد على البائع أو على المشتري أو عند العقار ، اللهم إلا أن يكون المراد مجرد التمثيل دون إحاطة الأقسام ، لكنه لا يبلغ التقصير حقيقة . فالأولى الجامع للأقسام ما ذكره صاحب الذخيرة حيث قال : وصورة هذا الطلب أن يحضر الشفعين عند الدار ويقول : إن

وقوله (ولا يسقط بتأخير هذا الطلب) يريد به الطلب الثالث وهو طلب الخصومة ، وإنما قال معناه إذا تركها من غير عذر لأنهم أجهوا على أنه إذا تركه بمرض أو حبس أو غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفعته وإن طالت المدة (قوله وما ذكر من الضرر) جواب عن قول محمد : يعنى أن الشفعين إذا كان غائبا لم تبطل شفعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق ، ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم الضرر ، فكأن لا يبطل وهو غائب لا يبطل وهو حاضر . نقل في النهاية عن الذخيرة أن الشفعين إذا كان غائبا فعلم بالشراء فإنه ينبغي أن يطلب طلب الموائبة ، ثم لم من الأجل على قدر المسير إلى المشتري أو البائع أو الدار المبيعة لطلب الإشهاد ، فإذا مضى ذلك الأجل وهو قدر المسير إلى أحد هذه الأشياء قبل أن يطلب هذا الطلب أو أن يبعث من يطلب فلا شفعة له . قال (وإذا تقدم الشفعين إلى القاضى البت) هذا هو الموعود بقوله وسند ذكر كفيته من بعد

كما إذا ادعى رقبته ، وإذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها ، فإن قال : أنا شفعها بدار في تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف . وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها أيضا . وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد . قال (فإن عجز عن البيعة استحلف المشتري بالله ما يعلم أنه مالك للذي ذكره مما يشفع به) معناه يطلب الشفع لأنه ادعى عليه معنى لو أقرب به لزمه . ثم هو استحلاف على ما في يده فيحلف على العلم (فإن نكل أو قامت للشفع بيعة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فيعد ذلك سألته القاضي) يعنى المدعى عليه (هل ابتاع أم لا ، فإن أنكر الابتاع قيل للشفع أقم البيعة) لأن الشفعة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة . قال (فإن عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق عليه في هذا الدار شفعة من الوجه الذي ذكره) فهذا على الحاصل ، والأول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه

فلما اشترى هذه الدار وأنا شفعيها بالجوار بدار حدودها كذا ، وقد كنت طلبت الشفعة وأنا أطلبها الآن أيضا فاشهدوا بذلك . أو يحضر المشتري ويقول : هذا مشر من فلان دار التي حدودها كذا وأنا شفعيها بالجوار إلى آخر ما ذكرنا ، أو يحضر البائع ويقول : هذا باع من فلان دار التي حدودها كذا إلى آخر ما ذكرنا اه (قوله وإذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها ، فإن قال أنا شفعيها بدار في تلاصقها تم دعواه) قال صاحب العناية : قيل لم يتم بعد . بل لابد أن يسأله ويقول هل قبض المشتري المبيع أو لا ، لأنه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ، ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى أخبرت بالشرء ليعلم أن المدة طالت أو لا ، فإن عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله إذا تطلعت . فالقاضي لا يلتفت إلى دعواه وعليه الفتوى . وقال : وهذا لا يلزم المصنف لأنه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير . ثم قال : وقيل ثم بعد ذلك سألته عن طلب الإشهاد ، فإذا قال طلبت حين علمت إذ أخبرت من غير لبث سألته عن طلب الاستقرار

وكلامه ظاهر (قوله لاختلاف أسبابها) لأنها على مراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو محبوب بغيره أو لا ، وربما ظن ما ليس بسبب كالجوار المقابل سببا فإنه سبب عند شريح إذا كان أقرب بابا فلا بد من البيان . وقوله (تم دعواه) قيل لم يتم بعد ، بل لابد أن يسأله فيقول : هل قبض المشتري المبيع أولا ، لأنه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له : متى أخبرت بالشرء وكيف صممت حين أخبرت به ليعلم أن المدة طالت أولا ، فإن عند أبي يوسف ومحمد إذا طالت المدة فالقاضي لا يلتفت إلى دعواه وعليه الفتوى ، وهذا لا يلزم المصنف لأنه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير . وقيل سألته ثم بعد ذلك سألته عن طلب الإشهاد ، فإذا قال طلبت حين علمت وأخبرت من غير لبث سألته عن طلب الاستقرار ، فإن قال طلبته من غير تأخير سألته عن المطلوب يحضرته هل كان أقرب إليه من غيره ، فإن قال نعم صح دعواه ، ثم يقبل على المدعى عليه ، فإن اعترف بملكه الذي يشفع به وإلا كلفه إقامة البيعة لأن اليد ظاهرا يحتمل أن تكون يد ملك وإجارعوعارية ، والمختل لا يكتفى لإثبات الاستحقاق ، فإن أقام فقد نوزر دعواه ، وإن عجز استحلف المشتري بطلب الشفع أنه لا يعلم أن الشفع مالك الذي ذكره مما يشفع به لأنه ادعى عليه أمرا لو أقرب به لزمه ، فإذا أنكره لزمه التمين على العلم لكونه استحلافا على ما في يد غيره ، فإن نكل ثبت دعوى الشفع فيعد ذلك يسأل الحاكم المدعى عليه هل ابتاع أم لا ، فإن أقر فذاك ، وإن أنكر قيل للشفع أقم البيعة ، فإن أقامها فذاك (وإن عجز عنها استحلف المشتري على أنه ما اشتراه أو ما استحق عليه الشفعة من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والأول على السبب . وذكرنا الاختلاف فيه)

(قوله وعليه الفتوى) أقول : الفتوى على قول محمد في أنه إذا طالت المدة لا يلتفت للقاضي إلى دعواه (قوله وهذا لا يلزم المصنف الخ) أقول : أشار إلى قوله ثم يقول له متى أخبرت بالشرء الخ (قوله لأنه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير) أقول : لأجل قوله حتى يلزم السؤال عن زمان الإخبار (قوله سألته عن طلب الإشهاد) أقول : الظاهر أن يقال عن طلب الموائمة .

في الدعوى . وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله ، وإنما يحلفه على البتات لأنه استحلّاف على فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة . وفي مثله يخلف على البتات . قال (وتجاوز المنازعة في الشفعة وإن لم يحضر الشفع الثمن إلى مجلس القاضي . فإذا قضى القاضي بالشفعة لزمه إحضار الثمن) وهذا ظاهر رواية الأصل . وعن محمد أنه لا يقضى حتى يحضر الشفع الثمن . وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لأن الشفع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على إحضاره حتى لا يتوى مال المشتري . وجه الظاهر أنه لا يمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه ، فكذا لا يشترط إحضاره (وإذا قضى له بالدار فالمشتري أن يحبس حتى يستوفى الثمن) وينفذ القضاء عند محمد أيضا لأنه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه ، فلو أخر أداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن إليه لا تبطل شفيعته لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي . قال (وإن أحضر الشفع البائع والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة لأن اليد له وهي يد مستحقة) ولا يسمع القاضي البيعة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضى بالشفعة

فإن قال طلبته من غير تأخير سأله عن المطلوب بحضرته هل كان أقرب إليه من غيره ، فإن قال نعم فقد صحح دعواه . أقول : القائل صاحب النهاية أخذنا من النخبة ، وتبعه بعض آخر من الشراح ، وقد غير صاحب العناية عبارتهم في النقل وأمس . فإن عبارتهم كانت هكذا . ثم إذا سأله عن طلب الموائبة فقال طلبت حين علمت أو قال حين أخبرت من غير لبث سأله عن طلب الإشهاد هل طلب الإشهاد بعد ذلك من غير تأخير وتقصير ، فإن قال نعم سأله إن الذي طلبت بحضرته هل كان أقرب إليه من غيره ، فإن قال نعم تبين أن الإشهاد قد صح ، ثم إذا تبين ما يصح عنده الطلب فقد صحح دعواه ، إلى هنا عبارتهم . وهذه العبارة هي المطابقة لما في النخبة ، وهي الصحيحة دون ما ذكره صاحب العناية في نقله لأنه عبر عن طلب الموائبة بطلب الإشهاد حيث قال : وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاستقرار ، ولا يذهب عليك أن إطلاق طلب الإشهاد على طلب الموائبة يخالف اصطلاح الفقهاء جدا ، يظهر ذلك مما أحطت به خبرا في أقسام الطلب . وأيضا قد قيل فيها قبل سأله متى أخبرت

يريد ما ذكره في فصل كيفية العين والاستحلاف من كتاب الدعوى . قال (وتجاوز المنازعة في الشفعة الخ) وتجاوز المنازعة في الشفعة وإن لم يحضر الشفع الثمن إلى مجلس القاضي ، فإذا قضى القاضي بها لزمه إحضار الثمن . قال المصنف (وهذا ظاهر رواية الأصل) ولم يقل هذا رواية الأصل لأنه لم يصرح في الأصل هكذا ، ولكنه ذكر ما يدل على أن القاضي يقضى بالشفعة من غير إحضار الثمن لأنه قال للمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفى الثمن منه أو من ورثته إن مات (وعن محمد أنه لا يقضى حتى يحضر الشفع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة ، لأن الشفع قد يكون مفلسا فيتوقف القضاء على إحضاره حتى لا يتوى مال المشتري) والفرق بين هذا وبين المشتري مع البائع أن البائع أزال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن إليه فقد أضرب بنفسه عن اختيار فلا ينظر له بإبطال ملك المشتري . وإنما ينظر له بإثبات ولاية حبس المبيع ، فأما المشتري هاهنا فلا يزال ملك نفسه عن اختيار لبقال أضرب بنفسه قبل وصول الثمن إليه بل الشفع بتملك عليه كرها دفعا للضرر عن نفسه ، وإنما يجوز للإنسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضرب بغيره ، ودفع الضرر عن المشتري بإبطال الشفعة إذا ماطل في دفع الثمن (وجه ظاهر الرواية أنه لا يمن له عليه قبل القضاء ، ولهذا لا يشترط تسليمه ، وما ليس بثابت عليه لا يشترط إحضاره) فلا بد من القضاء بها ليتمكن المشتري من المطالبة (وإذا قضى له بالدار فالمشتري أن يحبس حتى يستوفى الثمن ويكون القضاء نافذا عند محمد أيضا لأنه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه ، فلو أخر أداء الثمن بعد ما قال له ادفع إليه الثمن لا تبطل شفيعته لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي ، قال : وإن أحضر الشفع البائع الخ) وإن أحضر الشفع البائع إلى الحاكم والمبيع في يده ، فله أن يخاصمه في الشفعة . لأن اليد له وهي يد مستحقة : أي معتبرة كيد المالك ولهذا كان له أن يحبس حتى يستوفى الثمن ، ولو هلك في يده هلك من ماله . وإنما قال ذلك احترازا عن يد المودع والمستعير ، ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه .

على البائع ويجعل العهدة عليه ، لأن الملك المشتري واليد البائع ، والقاضي يقضى بهما للشفع فلا بد من حضورهما ، بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لأنه صار أجنبياً إذ لا يبق له يد ولا ملك . وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه إشارة إلى علة أخرى وهي أن البيع في حق المشتري إذا كان بنفسه لا بد من حضوره ليقتضى بالفسخ عليه ، ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن يفسخ في حق الإضافة لامتناع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ ، إلا أنه يبقى أصل البيع لتعلل انفساخه لأن الشفعة بناء عليه . ولكنه تتحول الصفقة إليه ويصير كأنه هو المشتري منه فلماذا يرجع بالعهدة على البائع ، بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه من يده

بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت بالشراء ، وقد نقله صاحب العناية أيضاً فيما قبل ، فعلى تقدير أن يقال هاهنا ثم بعد ذلك سأله عن طلب الإشهاد ومراعاة طلب الموائبة يصير المعنى : ثم بعد السؤال عن طلب الموائبة سأله عن طلب الموائبة . لأن سؤاله قبله بكيف صنعت حين أخبرت سؤال عن طلب الموائبة لا محالة فيلزم تكرار السؤال عن طلب الموائبة . بخلاف ما إذا قيل ثم إذا سأله عن طلب الموائبة سأله عن طلب الإشهاد كما وقع في عبارتهم . فإنه لا يلزم حينئذ شيء من المنهنيين المذكورين . أما عدم لزوم المخالفة لاصطلاح الفقهاء فظاهر ، وأما عدم لزوم تكرار السؤال عن طلب الموائبة فإن الكلام إذ ذاك ملق

لأن الحاكم لا يسمع البينة على البائع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمحضرمه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه . وهذه جملة قضايا كما ترى ، أما كونه خصماً فقد بيناه ، وأما كون المشتري لا بد من حضوره مع البائع لسامع البينة فطعن اشترك في إحداهما مع البائع وتفرد بالأخرى . وأما ما اشتركا فيه فهو ما ذكره بقوله (لأن الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضى بهما للشفع) عليهما ، ولا بد من حضور القاضي عليه للقبض (بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت) فإن حضور البائع إذ ذاك غير معتبر لصيرورته أجنبياً لم يبق له ملك ولا يد . وأما ما تفرد به فهو ما ذكره بقوله (وهو أن البيع في حق المشتري إذا كان بنفسه لا بد من حضوره ليقتضى بالفسخ عليه) ولما كان فسخ البيع يومه العود على موضعه بالنقض في المسئلة لأن نقض البيع إنما هو لأجل الشفعة ونقضه يقضى إلى انتفاها كونها مبنية على البيع بين وجه النقض بقوله (ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن يفسخ في حق الإضافة) لأن قبض المشتري مع ثبوت حق الأخذ للشفع بالشفعة ممنع ، وإذا كان ممنعاً فأت الغرض من الشراء وهو الانتفاع بالبيع فيحتاج إلى الفسخ ، لأن الأسباب شرعت لأحكامها لا لذاتها . لكنه يبقى أصل البيع : أعنى المصادر من البائع وهو قوله بعث مجرداً عن إضافته إلى ضمير المشتري لتعلل انفساخه . فإنه لو انفسخ عاد إلى موضوعه بالنقض كما ذكرناه (فيتحيل لبقائه بتحويل الصفقة إلى الشفع ويصير كأنه المشتري من البائع) وهذا لأن الشفعة ثابتة في الشرع البتة وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعللاً لعدم حصول المقصود فكان فسخه من ضرورتها . وهي تندفع بنفسه من جانب المشتري فلا تتصل إلى غيره ، وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار . وقال بعضهم : تنقل الدار من المشتري إلى الشفع بعقد جديد . قالوا : لو كان بطريق التحويل لم يكن الشفع خيار الرؤية إذا كان المشتري قد رآه . لكن له ذلك كما سيأتى . ولما كان له أن يرد الدار إذا اطلع على عيب والمشتري اشتراها على أن البائع يرى من كل عيب بها لكن له ذلك . والجواب أن العقد يقتضى سلامة العقود عليه من العيب . وإنما يعتبر في حق المشتري بعارض لم يوجد في الشفع وهو الرؤية وقبول المشتري العيب فتحوّل الصفقة إلى الشفع موجبة للسلامة نظراً إلى الأصل (فوله فلماذا) أى فتحوّل الصفقة إليه (يرجع بالمهدة على البائع) لأنه تابع كما كان ، ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري (بخلاف ما إذا قبضه المشتري)

(قوله لم يكن الشفع خيار الرؤية) أقول : كالمركل إذا تمكك المشتري من الوكيل بتحول الصفقة فإنه لا يثبت له خيار الرؤية إذا لم يثبت توكيله (قوله بتحول الصفقة إلى الشفع) أقول : وأما مسألة الوكيل فإن المركل أقام الوكيل أدل نفسه ورشى بما فعل فكان مقروط

حيث تكون العهدة عليه لأنه ملكه بالقبض . وفي الوجه الأول امتنع قبض المشتري وأنه يوجب الفسخ ، وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى . قال (ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع) لأنه هو العاقد ، والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه . قال (إلا أن يسلمها إلى الموكل) لأنه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل ، وهذا لأن الوكيل كالبايع من الموكل على ما عرف فتسليمه إليه كتسليم البايع إلى المشتري فتصير الخصومة معه ، إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم ، وكلنا إذا كان البايع وكيل الغائب للشفيع أن يأخذها منه إذا كانت في يده لأنه عاقد وكلنا إذا كان البايع وصيا لميت فيها يجوز بيعه لما ذكرنا . قال (وإذا قضى القاضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية ، وإن وجد بها عيبا فله أن يردّها وإن كان المشتري شرط البراءة منه) لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء ، ألا يرى أنه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء . ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لأنه ليس بنائب عنه فلا يملك إسقاطه .

في صورة الشرطية فقدمها ، وهو قولهم إذا سأله عن طلب المراجعة إشارة إلى ماذكروا فيها قبل من السؤال بكيف صنعت حين أخبرت وليس فيه حكم جديد حتى يلزم التكرار تأمل تفهم قوله (ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع) لأنه هو العاقد . والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه (أقول : هذا للتعليل يجري بينه فيها إذا سلمها الموكل مع أنه ليس بخصم هناك فكان ينبغي أن يزداد عليه قيد فارق بين صورتين بأن يقال بعد قوله والأخذ بالشفعة من حقوق العقد ، وله يد في الدار ، وكان المصنف إنما ترك ذكر ذلك القيد اعتيادا على انقضاءه من تعليل صورة التسليم .

فأخذ الشفيع من يده حيث تكون العهدة عليه لأنه تم ملكه بالقبض . قال (ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم الخ) المشتري إذا كان وكيلًا ، فإذا أن سلم المبيع إلى موكله قبل الخصومة أولا ، فإن كان الثاني فهو الخصم للشفيع (لأنه هو العاقد) والعاقد يتوجه عليه حقوق العقد (والأخذ بالشفعة من حقوقه) وإن كان الأول فالموكل هو الخصم (لأنه لم يبق للوكيل يد ولا ملك) وهذا لأن الوكيل كالبايع من الموكل لأنه يجري بينهما مبادلة حكيمة على ما عرف ، فتسليمه إلى الموكل كتسليم البايع إلى المشتري ، ولو سلم إلى المشتري كان هو الخصم فكذلك الموكل . فإن قيل : لو كان الوكيل بالشراء كالبايع من الموكل لكان حضور الوكيل والموكل جميعا شرطًا في الخصومة في الشفعة إذا كانت الدار في يد الوكيل ، كما أن الحكم كذلك في البايع والمشتري على ما تقدم . أجاب المصنف بقوله (إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل) لكونه نائبًا عنه (فيكتفى بحضوره) والنائب ثم ليس بنائب عن المشتري فلا يكتفى بحضوره (قوله وكلنا إذا كان البايع وكيلًا) ظاهر . وقوله (وكلنا إذا كان البايع وصيا) يعني يكون الخصم للشفيع هو الوصي إذا كانت الورثة صغارا . وقيد بقوله (فيما يجوز بيعه) احترازًا عما لا يتغابن الناس بمثله ، فإن بيعه به لا يجوز . وقيل المراد به كون الورثة صغارا . فإن الوصي يبيع الركة ، أما إذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه لأنهم متمكنون من النظر لأنفسهم . وقوله (وإذا قضى القاضي للشفيع بالدار الخ) ظاهر وقد ذكرناه أيضا .

الخيار من الموكل شرعا مرضيا بتوكيله فلم يكن له الرد ، بخلاف الشفيع (قوله أما إذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه) أقول : إذا لم يكن على الميت دين .

(فصل في الاختلاف)

قال (وإن اختلف الشفع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري) لأن الشفع يدعى استحقاق الدار عليه عند نقد الأكل وهو يتكر والقول قول المتكر مع يمينه . ولا يتحالفان لأن الشفع إن كان يدعى عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعى عليه شيئا لتخيره بين الترك والأخذ . ولا نص هاهنا . فلا يتحالفان .

(فصل في الاختلاف)

لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفع والمشتري شرع في مسائل الاختلاف بينهما ، وقدم الأول لأن الأصل هو الاتفاق (قوله ولا نص هاهنا فلا يتحالفان) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام : إنما النص في حق البائع والمشتري مع وجود معنى الإنكار من الطرفين هناك فوجب التمين لذلك في الطرفين ، ولم يوجد الإنكار هنا في طرف الشفع فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص فلذلك لم يجب التحالف هنا اه . واقفني أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع . وتخبر صاحب غاية البيان أيضا يشعر بذلك ، فإنه بعد ما بين عدم وجوب التحالف هنا على نهج ما ذكره المصنف من قبل قال : فلم يكن اختلافهما في معنى ما ورد به النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان والسلة قائمة تحالفا وتراداً » فلا جرم لم يجب التحالف اه . أقول : ليس هذا بشرح صحيح . لأن وجود معنى الإنكار من الطرفين في اختلاف المتبايعين إنما هو فيما إذا وقع الاختلاف قبل القبض ، وأما إذا وقع بعد القبض فعنى الإنكار هناك أيضا إنما يوجد في طرف واحد وهو المشتري ، فكان التحالف في تلك الصورة مخالفا لقياس ، ولكننا عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم « إذا اختلف المتبايعان والسلة قائمة بينهما تحالفا وتراداً » وقد مر ذلك كله مستوى في باب التحالف من كتاب الدعوى . فلو كان الوجه في عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص أن لا يوجد معنى الإنكار من الطرفين لانتقض ذلك قطعاً بصورة اختلاف المتبايعين بعد القبض . والصواب أن وجه عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص هو أن الشفع مع المشتري ليس في معنى البائع والمشتري من كل وجه لانتفاء شرط البيع وهو التراضي فلا يلحقان بهما في حكم التحالف . وقد أفصح عنه تاج الشريعة حيث قال : وليس هذا في معنى ما ورد فيه النص بالتحالف من كل وجه . لأن ركن البيع وإن وجد لكن بالنظر إلى فوات شرطه وهو الرضا لم يوجد فلا يلحق به اه . قال الزيلعي في شرح هذه المسئلة من الكنز : ولا يتحالفان لأن التحالف عرف بالنص فيما إذا وجد الإنكار من الجانبين والدعوى من الجانبين . والمشتري لا يدعى على الشفع شيئا فلا يكون الشفع منكراً فلا يكون في معنى ما ورد النص فامتنع القياس اه . أقول : الخلل في كلامه أشد وأظهر . فإنه قال أولاً : لأن التحالف عرف بالنص فيما إذا وجد الإنكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ، وليس كذلك لأنه عرف بالنص أيضاً فيما لا إنكار

(فصل في مسائل الاختلاف)

لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفع والمشتري في الثمن وهو الأصل شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما في . قال (وإن اختلف الشفع والمشتري في الثمن الخ) والشفيع والمشتري وإن كانا بمنزلة البائع والمشتري لكنهما ليسا كذلك من كل وجه (لأن الشفع يدعى على المشتري استحقاق الدار) بأقل التمين والمشتري لا يدعى عليه شيئا فيخير الشفع بين الأخذ والترك . فإذا وقع الاختلاف بينهما في الثمن وعجزا عن إقامة البينة كان القول للمشتري لأنه ينكر ما يدعيه الشفع من استحقاق الدار عليه عند نقد الأكل) والقول قول المتكر مع يمينه ، ولا يتحالفان لأنه لم يرد ثمة نص ، ولا هو في معنى المنصوص عليه

(فصل في الاختلاف)

(قال المصنف : ولا نص هاهنا فلا يتحالفان) أقول : إذ النص في البائع والمشتري مع وجود معنى الإنكار في الطرفين هناك ، فوجب

قال (ولو أقامها البينة فالبينة للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : البينة بينة المشتري لأنها أكثر إثباتا) فصار كهيئة البائع والوكيل والمشتري من العلو . ولها أنه لا تنافي بينهما فيجعل كأن الموجود بيعان ، وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء ، وهذا بخلاف البائع مع المشتري ، لأنه لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول وهاتنا النسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لأنه كالبائع والموكل كالمشتري منه ، كيف وأنها ممنوعة على ما روى عن محمد ،

ولا دعوى إلا من جانب واحد كما إذا اختلف المتبايعان بعد القبض على ماصرحوا به قاطبة حتى نفسه في كتاب الدعوى ، بل الذي عرف بالنص هذه الصورة لأن التحالف فيما إذا وجد الإنكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ثابت بالقياس بدون ذلك النص . وقال آخرًا فامتنع القياس ، ولا يخفى أن امتناع القياس لا يقتضي امتناع الإلحاق بطريق دلالة النص ، فإن كثيرا من الأمور لا يمتري فيه القياس ويصح إثباته بطريق الدلالة على ما عرف في موضعه فبمجرد امتناع القياس هاهنا لا يمت المطلوب ، فحق العبارة أن يقال فلا يلحق به ليم القياس والدلالة (قوله وقال أبو يوسف : البينة بينة المشتري لأنها أكثر إثباتا) أقول : لقائل أن يقول : البينة إنما تسع من المدعى والمشتري لا يدعى على الشفيع شيئا ولهذا لا يتحققان بالاتفاق كما مر آنفا . فلزِم أن لاتصح بينة المشتري أصلا فضلا عن أن ترجع على بينة الشفيع كما قاله أبو يوسف . ثم أقول : يمكن الجواب عنه بأن المشتري وإن كان مدعى عليه لا مدعى في الحقيقة إلا أنه مدع صورة حيث يدعى زيادة الثمن ، ومن كان مدعى صورة تسع بينته إذا أقامها ، كما في المودع إذا ادعى ردّ الوديعة على المودع وأقام عليه بينة على ما عرف في محله . وأما الحلف فلإنما يجب على من كان مدعى عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعى عليه صورة ، ألا يرى أن المودع إذا ادعى ردّ الوديعة على المودع وعجز عن إقامة البينة عليه فلإنما يجب الحلف على المودع لكونه منكر الضمان حقيقة ، ولا يجب على المودع مع كونه في صورة المدعى عليه برّد الوديعة عليه فكان للمشتري فيما نحن فيه مجال إقامة البينة وإن لم يجب على خصمه الحلف أصلا فراجع أبو يوسف بينته بناء على كونها أكثر إثباتا ، وبهذا التفصيل تبين أن قول صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام وحجتها ما ذكرنا مؤيدا به ما ذكره قبله بقوله لأن الشفيع يدعى استحقاق الدار عند نقد الأجل والمشتري ينكره ليس بسديد . ومن هذا لم يحك عن أبي حنيفة الاحتجاج بذلك مع ظهوره جدا ، وإنما حكى عن الطريقتان الثتان ذكرهما المصنف بقوله ولها أنه لا تنافي الخ . ويقول ولأن بينة الشفيع ملزمة الخ . حكى أولاها محمد وأخذ بها . وحكى ثانيتهما أبو يوسف ولم يأخذ بها كما ذكرنا في الشروح (قوله وهو التخريج لبينة الوكيل لأنه كالبائع والموكل كالمشتري منه) أقول : لقائل أن يقول : إن أريد أن الوكيل كالبائع والموكل كالمشتري منه من كل وجه فهو ممنوع لظهور الاختلاف في بعض الأحكام . وإن أريد أن الوكيل

من كل وجه (وإن أقامها البينة فهي للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : هي للمشتري لأنها أكثر إثباتا فصار كهيئة البائع) إذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن وأقاما البينة فلإنما للبائع ، وكهيئة الوكيل بالشراء مع بينة الموكل إذا اختلفا في الثمن فلإنما للوكيل وكهيئة المشتري من العبد مع بينة المولى القديم إذا اختلفا في ثمن العبد المأسور فلإنما للمشتري لما في ذلك كله من إثبات الزيادة (ولها أنه لا تنافي بين البيتين) في حق الشفيع لجواز تحقيق البيعين مرة بألف وأخرى بألفين على ما شهد عليه البيشان ونسخ أحدهما بالآخر لا يظهر في حق الشفيع لتأكد حقه فبإذن أن يجعل موجودين في حقه (وله أن يأخذ بأيهما شاء ، وهذا بخلاف البائع مع المشتري لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول) فالجميع بينهما غير ممكن فيصار إلى أكثرها إثباتا لأن المصير إلى الرجوع عند تعدد التوفيق (وهذا هو التخريج لبينة الوكيل لأنه كالبائع والموكل كالمشتري) فلا يمكن توالي العقدتين بينهما إلا بانفساخ الأول التحالف لذلك . ولم يوجد الإنكار هاهنا في طرف الشفيع لأن المشتري لا يدعى عليه شيئا (قوله لجواز تحقيق البيعين مرة بألف وأخرى بألفين) أقول : فيثبت بحجة الشفيع البيع بألف ، ويثبت بحجة المشتري البيع بألفين ، فكان الشفيع غيرا ، إن شاء أخذ بما أثبت بينة الشفيع ، وإن شاء أخذ بما أثبت بينة المشتري (قال المصنف : كيف وأنها ممنوعة) أقول : فلا يرد ذلك علينا وكيف يرد وأنها ممنوعة .

وأما المشتري من العدو فقلنا ذكر في السير الكبير أن البيعة بينة المالك القديم . فلما أن نمنع (وبعد التسليم نقول : لا يصح الثاني هناك إلا بفسخ الأول ، أما هاهنا فبخلافه . ولأن بيعة الشفع ملزمة وبيعة المشتري غير ملزمة والبيعتان للإلزام . قال (وإذا ادعى المشتري ثمتا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفع بما قاله البائع وكان ذلك حطاً عن المشتري) وهذا لأن الأمر إن كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به ، وإن كان على ما قال المشتري فقد حط البائع ببعض الثمن . وهذا الحط يظهر في حق الشفع على ما بين إن شاء الله تعالى ، ولأن التملك على البائع بإيجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فأخذ الشفع بقوله . قال (ولو ادعى البائع الأكثر يتحالفان ويتراذان ، وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفع بذلك ، وإن حلفا ففسخ القاضى البيع على ما عرف وأخذها الشفع بقول البائع) لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفع . قال (وإن كان قبض الثمن أخذ بما قال المشتري إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع) لأنه لما

والوكل كالبايع والمشتري في بعض الوجوه فهو مسلم ، ولكن الشفع والمشتري أيضا بمنزلة البائع والمشتري في بعض الوجوه كما صرحوا به فإما بآتي الفرق فليتنامل في الدفع (قوله وبعد التسليم نقول : لا يصح الثاني هناك إلا بفسخ الأول . أما هاهنا فبخلافه) أقول : يرد على ظاهره أن البيع الثاني لا يصح هنا أيضا ، ولا يفسخ الأول ضرورة عدم تصور بيع شيء واحد من شخص واحد مرتين إلا بفسخ الأول ، ويدل على لزوم الفسخ هنا أيضا قول المصنف فيما قبل وهاهنا الفسخ لا يظهر في حق الشفع حيث نفي ظهور الفسخ في حق الشفع ، وذلك يقتضي تحقق الفسخ في نفسه . والجواب أن مراد المصنف بالفسخ في قوله لا يصح الثاني هناك إلا بفسخ الأول ، أما هاهنا فبخلافه هو الفسخ في حق الثالث وهو المالك القديم هناك ، والشفع هنا لا الفسخ في حق المتعاقدين ، والذي لزم تحققه ضرورة في الفصلين معا هو الثاني دون الأول ، فحق كلام المصنف هنا

فصلر التوفيق ، على أنها ممنوعة على ماروي ابن سبابة عن محمد أن البيعة بينة الموكل لأن الوكيل صدر منه إقراران : أي بحسب ما توجه البيعتان ، فكان للموكل أن يأخذ بأيهما شاء (وأما المشتري من العدو فقد ذكر في السير الكبير أن البيعة بينة المالك القديم ، ولم يذكر فيه قول أبي يوسف . ولئن سلمنا أن البيعة للمشتري فلذلك باعتبار أن التوفيق متمم ، إذ لا يصح البيع الثاني هناك إلا بفسخ الأول ، وهذه طريقة أبي حنيفة في هذه المسئلة حكاهما محمد وأخذ بها (قوله ولأن بيعة الشفع ملزمة) لأنها إذا قبلت وجب على المشتري تسليم الثمن بما ادعاه الشفع شاء أو أبى . والملزم منها أولى لأنها وضعت للإلزام ، وبيعة المشتري عليه غير ملزمة لأنها إذا قبلت لا يجب على الشفع شيء ولكنه غير بين أن يأخذ أو يترك ، وغير الملزم مستمر في مقابلة الملزم غير معتبر بطريقة أخرى له حكاهما أبو يوسف ولم يأخذ بها ، وعلى هذه وقعت التفرقة بينهما وبين بيعة البائع والمشتري والوكيل والموكل ، فإن كل واحد منهما ملزمة ، فلها صرنا إلى الترجيح للزيادة ورجعنا بيعة المولى القديم لكونها ملزمة على بيعة المشتري من العدو لأنها غير ملزمة . قال (وإذا ادعى المشتري ثمتا وادعى البائع أقل منه الخ) إذا اختلف البائع والمشتري في الثمن فلما أن يكون مقبوضا أو غير مقبوض ، أو يكون القبض غير ظاهر : يعني غير معلوم للشفع . فإن كان غير مقبوض فلما أن يدعى البائع أقل أو أكثر ، فإن كان أقل أخذها الشفع بما قال البائع وكان ذلك حطاً عن المشتري . ووجهه المذكور في الكتاب واضح . وقوله ولأن التملك وجه آخر وإنما كان التملك على البائع بإيجابه ، لأنه لو لم يقل بهت لانيثب للشفع شيء ، ألا ترى أنه لو أقر بالبائع وأنكر المشتري ثبت له حق الأخذ ، وإذا كان كذلك كان القول قوله . وإن كان أكثر وليس لهما بيعة تحالفا وتراذلا بالخديث المعروف ، وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفع بذلك . وإن اختلفا ففسخ القاضى البيع بينهما على ما عرف ، وأخذها الشفع بقول البائع لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفع وإن كان الفسخ بالقضاء لأن القاضى نصب ناظرا للمسلمين لا لمبطلان حقوقهم (وإن كان مقبوضا أخذها بقول المشتري إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع)

استوفى الثمن انتهى حكم العقد، ويخرج هو من بين وصار هو كالأجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع ، وقد بيناه . ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع تعلقت الشفعة به ، فيقول بعد ذلك قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع فيرد عليه . ولو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلفت إلى قوله ، لأن الأول وهو الإقرار بقبض الثمن يخرج من بين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن .

(فصل فيما يؤخذ به المشفوع)

قال (وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع، وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع

أن الفسخ يظهر في حق الثاني هناك كما يظهر في حق المتعاقدين ، وأما هنا فيخلفه : أي لا يظهر في حق الثالث . وثمرة هذا الاختلاف أن الثالث هناك وهو المالك القديم يأخذ العبد المأسور من المشتري من العلو بالثمن الثاني ، وأما الثالث هنا وهو الشفيع فيأخذ الدار من المشتري بأى الثمن شاء . فإن قلت : نعم معنى كلام المصنف ذلك قطعا ، ولكن ما وجه ظهور الفسخ هناك في حق المالك القديم وعدم ظهوره هنا في حق الشفيع وما الفرق بينهما ؟ قلت : حق الشفيع تعلق بالدار من وقت وجود البيع الأول ، وأما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأسور إلا بعد الإخراج إلى دار الإسلام ، والإخراج إليها لم يكن إلا بالبيع الثاني فافترا وحل هذا المقام بهذا الوجه ما يهم ، وقد أحمله الشراح مع التزامهم بيان الظواهر في كثير من المواضع .

(فصل فيما يؤخذ به المشفوع)

لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة شرع في بيان ما يؤخذ به المشفوع وهو الذي

لما ذكر في الكتاب وهو ظاهر ، وإن كان غير معلوم القبض فلما أن يقر البائع بالقبض أولا ، فإن كان الثاني ولم يذكره في الكتاب فالظاهر أن حكمه حكم ما إذا كان غير مقبوض ، وإن كان الأول والفرس أن المشتري يدعى أكثر مما يقول البائع والدار في يد المشتري فلما أن يقر أولا بمقدار الثمن ثم بالقبض أو بالمكس ، فإن كان الأول كما لو قال (بعت الدار منه بألف وقبضت الثمن أخذها الشفيع بقول البائع) أي بالألف (لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع بمقدار تعلقت الشفعة به) أي بالبيع بملك المقدار ثم بقوله (قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع) المتعلق بإقراره من الثمن ، لأنه إن تحقق ذلك يبقى أجنبيا من العقد ، إذ لا ملك له ولا يد ، وحينئذ يجب أن يأخذ ما يدينه المشتري كما تقدم آنفا أن الثمن إذا كان مقبوضا أخذ بما قال المشتري وليس له إسقاط حق الشفيع . (فيرد عليه) قبضت وإن كان الثاني كما لو قال (قبضت الثمن) وهو ألف لم يلفت إلى قوله ويأخذها بما قال المشتري (لأن الأول وهو الإقرار بقبض الثمن يخرج من بين وصار أجنبيا وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن وروى الحسن عن أبي حنيفة أن المبيع إذا كان في يد البائع فأقر بقبض الثمن وزعم أنه ألف فالقول قوله ، لأن التملك يقع على البائع فيرجع إلى قوله وهو ظاهر لأنه لم يصير أجنبيا لكونه ذا اليد وإن لم يكن مالكا ، والله أعلم .

(فصل فيما يؤخذ به المشفوع)

لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يؤخذ به المشفوع وهو الثمن الذي يؤديه الشفيع لأن الثمن تابع (وإذا حط البائع عن المشتري) حط بعض الثمن والزيادة يستويان في باب الرابحة دون الشفعة ، لأن

(فصل فيما يؤخذ به المشفوع)

لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفع ، لأن الثمن ما بقي ، وكذا إذا حط بعد ما أخذها الشفع بالثمن يحط عن الشفع حتى يرجع عليه بذلك القدر ، بخلاف حط الكل لأنه لا يلتحق بأصل العقد بخلاف وقد بيناه في البيوع (وإن زاد المشتري للبايع لم تلزم الزيادة في حق الشفع) لأن في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الأخذ بما دونها ، بخلاف الحط لأن فيه منفعة له . ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من اثنين الأول لم يلزم الشفع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول لما بيننا كذلك هذا . قال (ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفع بقيمته) لأنه من ذوات القيم (وإن اشترىها بمكيل أو موزون أخذها بثمنها) لأنها من ذوات الأمثال ، وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فبراعى بالقدر الممكن كما في الإلتلاف والعدى المتقارب من ذوات الأمثال (وإن باع عقارا بعقار أخذ الشفع كل واحد منهما بقيمة الآخر) لأنه بدل له وهو من ذوات القيم فيأخذ بقيمته . قال (وإذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار . إن شاء أخذها بثمن حال ، وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها ،

يؤدبه الشفع لأنه ثمن والثمن تابع ، كذلك في الشروع (قوله وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه) أقول : كان الظاهر أن يقول بمثل ما يملك به ، لأن الشفع إنما يملك بمثل الثمن الذي تملك به المشتري لا بمثل المبيع الذي يملكه المشتري ، وعن هذا قلنا فيما إذا اشترى دارا بعرض يأخذها الشفع بقيمة العرض الذي هو الثمن لا بقيمة الدار التي هي المبيع كما قاله أهل المدينة على ما ذكر في المبسوط . وفي الكافي : الفارق بينهما هو الباء فلا بد من ذكرها هاهنا ، ولقد أحسن صاحب الكافي حيث قال : ولنا أن الشفع يملك بمثل ما يملك به المشتري والمثل نوعان : كامل وهو المثل صورة ومعنى ، وقاصر

في المراجعة ليس في التزام الزيادة حتى إبطال حتى مستحق ، بخلاف الشفعة فإن في الزيادة فيها إبطال حتى ثبت للشفيع بأقل منها ، وعلى هذا يخرج ما ذكر في الكتاب أن البايع إذا حط عن المشتري بعض الثمن سقط ذلك عن الشفع وإن حط الجميع لم يسقط عنه شيء لأن حط البعض ملتحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفع لأنه إنما يأخذها بالثمن والثمن ما بقي ، وإن حط بعده رجع الشفع على المشتري بذلك القدر ، بخلاف حط الكل لأنه لا يلتحق بأصل العقد فلا يخرج العقد عن موضوعه وقد بيناه في البيوع في فصل قبيل الربا ، وباقى كلامه ظاهر (قوله ومن اشترى دارا بعرض) أي متاع من ذوات القيم كالعبد مثلا (أخذها الشفع بقيمته) أي بقيمة العرض (لأنه من ذوات القيم ، وإن اشترى بمكيل أو موزون أخذها بمثله لأنه من ذوات الأمثال) وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه فبراعى بالقدر الممكن ، فإن كان له مثل صورة ملكه بها ، وإلا فائتلف من حيث المالية وهو القيمة . وقوله (بالقدر الممكن) يشير إلى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالخبر والظن فيها جهالة وهي تمنع من استحقاق الشفعة ؛ ألا ترى أن الشفع لو سلم شفعة الدار على أن يأخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعة الجميع لكون قيمة البيت مما يعرف بالخبر والظن . ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن فلا يكون معتبرا ، بخلاف البيت فإن أخذه بثمن معلوم فكانت الجلهاء مانعة . وقوله (وإن باع عقارا بعقار) ظهر وجهه عما تقدم (وإذا باع بثمن مؤجل) إلى أجل معلوم (فللشفيع الخيار إن شاء أخذها بثمن حال ، وإن شاء صبر عن الأخذ حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها)

(قوله قبل القبض سقط ذلك) أقول : أي قبل قبض المشتري الثمن من الشفع (قوله واثنان ما بقي ، وإذا حط بعده رجع الشفع) (إن) أقول : لفظة « ما » في قوله ما بقي موصولة ، والفسير في قوله بعده رجع إلى القبض وقوله إذا حط عن المشتري بعض الثمن قبل القبض (قوله فلا يخرج العقد عن موضوعه) أقول : لأنه يصير حبة لأنه يبقى تملكها بلا عوض ولا شفعة في الحبة (قوله ألا يرى أن الشفع لو سلم الدار) (إن) أقول : فيه تأمل ، فإن التنوير المذكور لا يطابق لما ادعاه بظاهره تأمل (قوله على أن يأخذ منها) أقول : أي بالشفعة (قوله ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن) أقول : فيه بحث .

وليس له أن يأخذها في الحال بضمن مؤجل (وقال زفر : له ذلك . وهو قول الشافعي في القديم ، لأن كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزايعة والأخذ بالشفعة به فيأخذ بأصله ووصفه كما في الزيوف . ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط ، ولا شرط فيما بين الشفع والبائع أو المبتاع ، وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفع لتفاوت الناس في الملاءة ، وليس الأجل وصف الثمن لأنه حق المشتري ؛ ولو كان وصفا له لاتبه فيكون حقا للبائع كالفن و صار كما إذا اشترى شيئا بضمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الأجل إلا بالذكر كذا هذا . ثم إن أخذها بضمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل ، وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بضمن مؤجل كما كان لأن الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفع فبقى موجه فصار

وهو المثل معنى اه (قوله وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفع لتفاوت الناس في الملاءة . قال صاحب العناية : هذا دليل آخر تقديره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة . ولا رضا في حق الشفع بالنسبة إلى الأجل . لأن الرضا به في حق المشتري ليس برضا في حق الشفع لتفاوت الناس في الملاءة يفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل . وقال : ولنا أن يقول : لما كان الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لانتهائه من البائع والمشتري جميعا ، وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الأجل كذلك . والجواب أن ثبوته بدونه ضروري ، ولا ضرورة في ثبوت الأجل ، إلى هنا كلامه وقد اقتنى أثره الشارح المعنى . أقول : لا يفتى على ذي فطرة سليمة أن ذلك ليس بدليل آخر . بل إنما هو تنمة الدليل السابق ذكر لدفع ما عسى يتوهم أن يقال شرط الأجل وإن لم يتحقق بين البائع والشفيع صريحا ولكن تحقق بينهما ضمنا من حيث أن الرضا بالأجل في حق المشتري رضا به في حق الشفع . ووجه الدفع ظاهر من قوله وتفاوت الناس في الملاءة فلا احتياج أصلا إلى ما ارتكبه الشارحان المزبوران من تقرير مقدمات لجعل ذلك دليلا مستقلا ، وإيراد سؤال والتزام جواب بعيد عنه ، بل لا وجه للقول بأنه لا بد في الشفعة من الرضا عند من أحاط بمسائل الشفعة خبرا ، كيف وقد صرحوا بخلافه في مواضع شتى من كتاب الشفعة ، سيما عند قولهم ويملك الشفع الذار إما بالتراضي أو بقضاء القاضي حيث جطلوا قضاء القاضي مقابلا للتراضي ، واعتبروا كل واحد منهما سببا مستقلا للملك (قوله ثم إن أخذها بضمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل ، وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بضمن مؤجل كما كان) قال صاحب العناية : قوله وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري

وإنما وصفنا الأجل بكونه معلوما ، لأنه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا ولا شفعة فيه (وليس له أن يأخذها في الحال بضمن مؤجل) عندنا (وقال : زفر : له ذلك وهو قول الشافعي) القديم (لأن الأجل وصف في الثمن كالزايعة والأخذ بالشفعة به) أي بالثمن (فيأخذ بأصله ووصفه كما في الزيوف . ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط ، ولا شرط فيما بين الشفع والبائع أو المبتاع) فلا أجل فيما بين الشفع وبينهما . وقوله (وليس الرضا) دليل آخر وتقريره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة . ولا رضا في حق الشفع بالنسبة إلى الأجل لأن الرضا به في حق المشتري ليس برضا في حق الشفع لتفاوت الناس في الملاءة يفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل بالضم . ولنا أن يقول : لما كان الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لانتهائه من البائع والمشتري جميعا ، وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الأجل كذلك . والجواب أن ثبوته ضروري ، ولا ضرورة في ثبوت الأجل . وقوله (وليس الأجل وصفا في الثمن) جواب عن قول زفر . ووجه أن وصف الشيء بيقبه لاحالة وهذا ليس كذلك (لأنه حق المشتري) والثنى حق البائع . وقوله (وصار كما إذا اشترى شيئا) ظاهر . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لامتناع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة وهو يوجب التسخ إلى آخر ما ذكره في أوخر باب طلب الشفعة . وقوله (وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بضمن مؤجل الخ) يؤهم أن الشفع يملكه ببيع جديد ، وهو منهب بعض المشايخ كما تقدم .

(قوله وقوله وليس الرضا دليل آخر) أقول : الأظهر أنه جواب عما يقال للشرط وإن لم يثبت صريحا فقد ثبت دلالة ، لأن الرضا بتأجيل المشتري رضا بتأجيل الشفع (قوله لتفاوت الناس في الملاءة) أقول : أي في الفنى (قال المصنف : وليس الأجل وصف الثمن للخ)

كما إذا باعه بضمن حال وقد اشتراه مؤجلا ، وإن اختار الانتظار له ذلك ، لأن له أن لا يلزم زيادة الضرر من حيث التقديرة . وقوله في الكتاب وإن شاء صبر حتى يقتضى الأجل مراده الصبر عن الأخذ ، أما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفيعته عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لقول أبي يوسف الآخر ، لأن حق الشفعة إنما يثبت بالبيع والأخذ يترأخى عن الطلب ، وهو متمكن من الأخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع .

بضمن مؤجل الخ يوم أن الشفيع يملك بيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك ، بل هو بطريق تحول الصنف كما هو المختار ، لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والأجل مقتضى الشرط فبقى مع من ثبت الشرط في حقه اهـ . واقتضى أثره الشارح أقول : هذا خبط فاحش منها ، ملاده عدم الفرق بين ما إذا قبضها المشتري فأخذها الشفيع . من يده وبين ما إذا لم يقبضها المشتري وأخذها الشفيع من يد البائع فإن الاختلاف في أن الدار المشفوعة هل تنقل إلى الشفيع بطريق تحول الصنف أم بعقد جديد إنما هو فيها إذا أخذها الشفيع من يد البائع قبل أن يقبضها المشتري . وأما فيها إذا أخذها الشفيع من يد المشتري بعد أن قبضها فلم يقل أحد بأن انتقالها إلى الشفيع هناك بطريق تحول الصنف ولا مجال له أصلا وإنما هو بطريق عقد جديد بالإجماع ولقد نادى إليه قول المصنف في أوخر باب طلب الشفعة والخصومة فيها بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذته من يده حيث تكون المهدة عليه بالقبض لأنه تم ملكه بالقبض . وفي الوجه الأول امتنع قبض المشتري وأنه يجب الفسخ اهـ . فالصواب أن قول المصنف هاهنا ثم إن أخذها بضمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري إشارة إلى صورة أخذها من يد البائع قبل أن يقبضها المشتري . وقوله لما بينا من قبل إشارة إلى ما ذكره في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من أن العقد ينفسخ في حق الإضافة إلى المشتري ، وتتحول الصنف إلى الشفيع على ما هو المختار ، فإن قوله وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بضمن مؤجل كما كان إشارة إلى صورة أخذها من يد المشتري بعد أن قبضها . وقوله لأن الشرط الذي جرى بينهما لم يطل بأخذ الشفيع فبقى موجه فصار كما إذا باعه بضمن حال ، وقد اشتراه مؤجلا إشارة إلى أن تملك الشفيع في هذه الصورة بعقد جديد كما نبه عليه في الباب المزبور بقوله بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذته من يده حيث تكون المهدة عليه بالقبض لأنه تم ملكه بالقبض اهـ . فكان كل من المسألتين المذكورتين هنا مطابقا لما صرح به في الباب المزبور فلا غبار على شيء منها أصلا (قوله وهو متمكن من الأخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع) قال صاحب العناية : قوله وهو متمكن من الأخذ في الحال جواب عن قول

وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصنف كما هو المختار ، لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والأجل يقتضى الشرط فبقى مع من ثبت الشرط في حقه . وقوله وإن اختار الانتظار ظاهر . وقوله (لقول أبي يوسف الآخر احتراز عن قوله الأول . روى ابن أبي مالك أن أبا يوسف كان يقول أولا كقولهما ، ثم رجع وقال : له أن يأخذها عند حلول الأجل وإن لم يطلب في الحال ، لأن الطلب إنما هو للأخذ ، وهو في الحال لا يتمكن منه على الوجه الذي يطلبه لأنه إنما يريد الأخذ بعد حلول الأجل أو بضمن مؤجل في الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة في طلبه في الحال ، فسكوته لعدم الفائدة في الطلب لا لإعراضه عن الأخذ . ووجه قوله أو قوله أولا ما ذكره في الكتاب وفيه إغلاق ، وتقديره حق الشفعة يثبت بالبيع عند العلم به ، والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة ، ويجوز أن يكون تقريره هكذا الشرط الطلب عند حق الشفعة وحق الشفعة إنما يثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم به ، وأما الأخذ فإنه يترأخى عن الطلب فيجوز أن يتأخر إلى انقضاء الأجل . وقوله (وهو متمكن من الأخذ في الحال) جواب عن قول أبي يوسف الآخر ، وتقديره لا نسلم أن المقصود به الأخذ ، ولئن كان فلا نسلم أنه ليس

أقول : سبق ما يتعلق بعدم وصفيية الأجل في باب التحالف (قوله لأن الطلب إنما هو الأخذ) أقول : وهو المقصود من الطلب (قال المصنف وهو متمكن من الأخذ في الحال) أقول : وهذا دليل على ثبوت حق الشفعة في الحال (قوله وتقديره لا نسلم الخ) أقول : فيه بحث ،

قال (وإن اشترى ذى بخر أو خنزير دارا وشفيها ذى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) لأن هذا البيع مقضى بالصحة فيما بينهم ، وحق الشفعة يعم المسلم والذى ، والخمر لهم كالمثل لنا والخنزير ، كالأشاة ، فيأخذ في الأول بالمثل والثاني بالقيمة . قال (وإن كان شفيها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) أما الخنزير فظاهر ، وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسليم في حق المسلم فالتحق بغير المثل ، وإن كان شفيها مسلما وذميا أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذى نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل ، فلو أسلم الذى أخذها بنصف

أبى يوسف الآخر . وتقريره لا نسلم أن المقصود به الأخذ ، ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الأخذ في الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدى الثمن حالا انتهى . أقول : فيه نظر . أما أولا فلأن المصنف لم يتعرض فيما قبل لدليل قول أبى يوسف الآخر كما ترى . فالتصدى للجواب عنه بمنع بعض مقدماته كما قرره الشارح المزبور بعيد جدا ، بل هو خارج عما عليه دأب المصنف في نظائره . وأما ثانيا فلأن منع كون المقصود به الأخذ كما ذكره الشارح المزبور في أول التقرير مما لا يفهم من عبارة المصنف في قوله المذكور بوجه من وجوه الدلالات فكيف يصح حل كلام المصنف عليه . وأما ثالثا فلأن قوله ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الأخذ في الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدى الثمن حالا مما لا يكاد يصلح أن يكون جوابا عن دليل قول أبى يوسف الآخر في هذه المسئلة ، لأن دليله على ما ذكر في المبسوط وفي شرح هذا الكتاب حتى العناية نفسها أن الطلب غير مقصود بعينه بل للأخذ ، وهو في الحال لا يتمكن من الأخذ على الوجه الذى يطلبه وهو الأخذ بعد حلول الأجل أو الأخذ في الحال بشئ وجعل فلا فائدة في طلبه في الحال ، فسكوته لأنه لم ير فيه فائدة لا لإعراضه عن الأخذ انتهى . ولا يذهب على ذى مسكة أن منع عدم تمكنه من الأخذ في الحال بناء على تمكنه منه بأن يؤدى الثمن حالا لا يجلى طائلا في دفع ما ذكر في دليله من أنه في الحال لا يتمكن من الأخذ على الوجه الذى يطلبه ، فإن أداء الثمن حالا ليس على الوجه الذى يطلبه ، وليس يلزم له البتة ، وخلاف أبى يوسف في قوله الآخر فيما إذا لم يمتد الشفع أخذها بشئ حال بل اختار الانتظار إلى حلول الأجل فكيف يكون تمكنه من الأخذ في الحال بأن يؤدى الثمن حالا جوابا عن ذلك ، والحق أن يحمل قول المصنف وهو متمكن من الأخذ في الحال الخ على تنميم دليل أبى حنيفة ومحمد ههما الله بأن يجعل دليلا بحسب المعنى على ثبوت حق الشفعة بالبيع كما يدل عليه تقرير صاحب الكافي وكثير من الشراح أخذوا من المبسوط حيث قالوا بعد ذكر وجه قول أبى يوسف الآخر : وجه ظاهر

بتمكن من الأخذ في الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدى الثمن حالا . قال (وإذا اشترى ذى دارا بخر أو خنزير وشفيها ذى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) وجهه ظاهر . وقوله وشفيها ذى احتراز عما إذا كان مرتدا فإنه لا شفعة له سواء قتل على رده أو مات أو لحق بدار الحرب ، ولا لورثته لأن الشفعة لاتورث (وإن كان شفيها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) قال المصنف : أما الخنزير فظاهر : يعنى لكونه من ذوات القيم . واستشكل بأن قيمة الخنزير لها حكم عين الخنزير ولذا لا يمتد العاشر عن قيمته كما تقدم في باب من يمر على العاشر . وأجيب بأن مراعاة حق الشفع واجبة بقدر الإمكان ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير . بخلاف ما إذا مر على العاشر ، وطريق معرفة قيمة الخنزير والخمر الرجوع إلى من أسلم من أهل اللمة أو من تاب من فسقة المسلمين ، فإن وقع الاختلاف في ذلك فالقول فيه قول المشتري ، مثل ما إذا اختلف الشفع والمشتري في مقدار الثمن ، وإذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لقوات القبض المستحق بالعقد ، والإسلام

إلا أن المراد الأخذ في الحال (قوله وأجيب بأن مراعاة حق الشفع واجبة) أقول : وتقرير الجواب في شرح الكاكي هكذا : قيمة الخنزير كعين الخنزير معنى ، ولكن في كونها بمنزلة الخنزير شبهة ، فلما كان متضمنا إيصاله حق السبه لم يعمل لهام الشبهة ، بل يعمل بالشبهة فيما إذا لم يكن متضمنا إيصال حق الثبر ، وفي مسألتنا يتضمن إيصال حق الثبر فلم يعمل بها ، بخلاف ما إذا مر على العاشر اد . وفي شرح الكنزى للزلي : إنما يحرم عليه تملكها إذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير ، وأما إذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم ، وهنا يدل على العاشر لاعتن الخنزير ، وإذا الخنزير يقتدر بقيمة بدل الدار فلا يحرم عليه تملكها .

قيمة الخمر لعجزه عن تملك الخمر والإسلام يؤكد حقه لأن يبطل ، فصار كما إذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب كلها هذا .

(فصل)

قال (وإذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ، إن شاء أخذها بالئن وقيمة البناء والغرس ، وإن شاء كلف المشتري قلعه) وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع ويغير بين أن يأخذ بالئن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك . وبه قال الشافعي ، إلا أن عنده له أن يقلع ويعطى قيمة البناء . لأبي يوسف أنه يحق في البناء لأنه بناء على أن الدار ملكه . والتكليف بالقلع من أحكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا . وكذا إذا زرع المشتري فإنه لا يكلف القلع ، وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين يتحمل الأدنى فيصار إليه . ووجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعلق به حق متأكد لاغير

الرواية أن حقه في الشفعة قد ثبت بدليل أنه لو أخذ بشئ حال كان له ذلك . والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل شفعته انتهى تبصر .

(ففصل)

مسائل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع إما بالزيادة أو بالنقصان بنفسه أو بفعل الغير . فلما كان المتغير فرعاً على غير المتغير كان جديراً بالتأخير في فصل على حدة (قوله وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين يتحمل الأدنى فيصار إليه) قال صاحب النهاية في تفسير قول المصنف وهذا : أى وهذا المدعى الذي قلنا وهو أن لا يكلف المشتري بقلع

يمنع قبض الخمر بمحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر ، ولكن لا يبطل حق الشفيع في الشفعة لأن وجوب الشفعة بأصل البيع وقد كان صحيحاً ، وبقائه ليس بشرط لبقاء الشفعة وباقى كلامه ظاهر . قال :

(ففصل)

الأصل في المشفوع عدم التغير . والتغير بالزيادة والنقصان بنفسه أو بفعل الغير عارض ، فكان جديراً بالتأخير في فصل على حدة (وإذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ، إن شاء أخذ الأرض بالئن الذي اشتراه به المشتري وقيمة البناء أو الغرس ، وإن شاء كلف المشتري قلعه . وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع ويغير بين أن يأخذ بالئن وقيمة البناء والغرس ، وبين أن يترك وهو أحد قول الشافعي ، وله قول آخر وهو له أن يقلع ويعطى قيمة البناء . ولأبي يوسف أنه يحق في البناء لأنه بناء على أنه ملكه . والمحق في شيء لا يكلف قلعه لأن التكليف بالقلع من أحكام العدوان ، واستوضح ذلك بالموهوب له ، فإنه إذا بنى ليس لواهب أن يكلفه القلع ويرجع في الأرض والمشتري شراء فاسداً إذا بنى ، وبالمشتري إذا زرع فإنه ليس له أن يكلفه قلع ثم يزرع اتفاقاً (وهذا) أى ما قلنا إنه لا يكلف (لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين) ضرر المشتري وهو القلع من غير عوض يقابله (يتحمل الأدنى) وهو زيادة الثمن على الشفيع بقيمة البناء لوجوب ما يقابلها وهو البناء والغرس فيجب المصير إليه (وجه ظاهر الرواية أن المشتري بنى في محل تعلق به حق مؤكد للغير)

(فصل) وإذا بنى المشتري

(قوله فإنه ليس له أن يكلف قلع الزرع) أقول : يعنى ليس للشفيع أن يكلف قلع .

من غير تسليم من جهة من له الحق فينقض كالراهن إذا بنى في المرهون ، وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته ، بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبي حنيفة ، لأنه

البناء انتهى . وبذلك المعنى فسره سائر الشراح أيضا ولكن بعبارة شتى . فقال صاحب العناية : أى ما قلنا إنه لا يكلف ، وقال صاحب الكفاية : أى قول أبي يوسف إنه لا يكلف المشتري قلع البناء . وقال صاحب معراج الدراية : أى القول يعلم إيجاب القلع وجوب قيمة البناء والغرس . وقال الشارح المعنى : أى ما قلنا من عدم إيجاب القلع وجوب قيمة البناء والغرس . أقول : لقاتل أن يقول : قد تلخص من جملة ذلك : أى المشار إليه بكلمة هذا في قوله وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ أصل مدعى أبي يوسف فيلزم أن يكون قوله لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ دليلا عليه ، فينبغي أن يقول : ولأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ على ما هو الطريقة المجهودة عند تعدد الأدلة . والجواب أن من عادة المصنف في كتابه هذا أنه إذا أراد أن يبين لمية مسألة بعد بيان إيجاب سلك هذا المسلك إجماعا إلى أن مفاد الدليلين مختلف من حيث الإنية والهمية وإن كان أصل المدعى واحدا وكأنهما صارا دليلين على شيئين مختلفين فليكن هذا على ذكر منك فإنه ينفعك في موارد ما قد كنت نهيت عليه من قبل أيضا فلا تغفل (قوله وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه) أقول : هنا كلام ، وهو أن المصنف قال قبل باب طلب الشفعة في تعليل قوله وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها حاكم ، لأن الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل إلى الشفع إلا بالراضى أو بقضاء القاضى وبين ذلك وما قال هنا تدافع ، فإن المضمحل ذكره هناك تقدم المشتري على الشفع حيث ثبتت الملك أولا للمشتري ثم يثبت منه إلى الشفع بالراضى أو بقضاء القاضى . وما ذكره هنا صريح في تقدم الشفع على المشتري فما التوفيق . والجواب أن المراد بما ذكره هاهنا تقدم الشفع على المشتري في الاستحقاق ، وبما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفع في الملك ، والتملك مغاير للاستحقاق وموخر عنه ، إذ قد تقرر فيما قبل باب طلب الشفعة أن للشفعة أحوالا ثلاثة : الاستحقاق ، والاستقرار ، والتملك ، وأن الأول يثبت باتصال الملك لشرط البيع ، والثاني بالإشهاد ، والثالث بالأخذ بالراضى أو بقضاء القاضى . فلا تدافع بين الكلامين في المقامين . إذ كون الشفع أقدم في الاستحقاق لا ينافي كون المشتري أقدم في التملك كما لا يخفى (قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند أبي حنيفة) وقال جماعة من الشراح : إن قول المصنف بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليم من جهة من له الحق . فإن فيها تسليطا من جهته . أقول : فيه بحث ، لأن المصنف حلل الخلاف المذكور بوجهين : أحدهما قوله لأنه حصل بتسليم من جهة من له الحق . وثانيهما قوله ولأن حق الاسترداد فيها ضعيف . فلو كان قوله بخلاف الهبة متصلا بما ذكره هؤلاء الشراح لما صح تعليل الخلاف المذكور بالوجه الثاني لأنه إن كانت علة كون حق الاسترداد فيها ضعيفا كون التسليم فيهما من جهة من له الحق كان واجبا إلى الوجه الأول فلا معنى بلحله وجها آخر معطوفا على الأول ، وإن لم تكن علة ذلك كون التسليم فيهما من جهة من له الحق فلا يصلح أن يكون تعليلا للخلاف المتصل بقوله من غير تسليم من جهة من له الحق . فالحق عندي أن قوله بخلاف الهبة الخ متصل بمجموع ما ذكر من وجه ظاهر الرواية . فالغنى أن مضمون هذا الوجه ملابس بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد ، فحينئذ يكون التعليل بقوله لأنه حصل بتسليم من جهة من له الحق ناظرا إلى قوله في وجه ظاهر الرواية من غير تسليم من جهة من له الحق . ويكون

بحث لا يقدر على إسقاطه جبرا (من غير تسليم من جهة من له الحق) وكل من بنى في ذلك نقض بتأوه كالراهن إذا بنى في المرهون وقوله من غير تسليم من جهة من له الحق احتراز عن الموهوب له والمشتري بالشراء الفاسد فإن بناءهما حصل بتسليم الواهب والبائع (وهذا) أى نقض البناء لحق الشفع (لأن حقه أقوى من حق المشتري) ويجوز أن يكون هذا بيانا لكون حق الشفع متأكدا (لأنه) أى الشفع (يتقدم عليه) أى على المشتري ، ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته كإيجارته وجعله مسجدا أو مقبرة . فكذا تنقض تصرفاته غرسا وبناء . وقوله (بخلاف الهبة) متصل بقوله من غير تسليم من جهته فلا ينقض ، وبخلاف الشراء الفاسد مطوف عليه ، وإنما قيد بقوله عند أبي حنيفة لأن عدم استرداد البائع في الشراء الفاسد إذا بنى المشتري

حصل بتسليط من جهة من له الحق ، ولأن حق الاسترداد فيها ضعيف ولهذا لا يثبت بعد البناء ، وهذا الحق يثبت فلا معنى لإيجاب القيمة كما في الاستحقاق ، والزرع يقلع قياساً ؛

التعليل بقوله ولأن حق الاسترداد فيها ضعيف ناظرًا إلى قوله فيه لأن حقه أقوى من حق المشتري فيتم التعليلان معًا بلا غبار . وقال جمهور الشراح : إنما قيد بقوله عند أبي حنيفة رحمه الله لأن عدم جواز الاسترداد والبائع في الشراء الفاسد إذا بني المشتري فيها اشتراه إنما هو على قول أبي حنيفة ، وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية انتهى . أقول : لقائل أن يقول : إذا جاز عندهما الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد أيضًا فكيف يتم قياس أبي يوسف في دليله المذكور في مسئلتنا هذه بقوله وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا ، فإن جواز الاسترداد في الشراء الفاسد ينافي قياس المشتري في مسئلتنا هذه على المشتري شراء فاسدا في أنه لا يكلف القلع كما هو مذهب أبي يوسف هنا . فإن قلت : يجوز أن يكون مراده بقوله والمشتري شراء فاسدا في دليله المذكور مجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بمذهبه في الشراء الفاسد كما أفصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال في شرح قوله والمشتري شراء فاسدا : هذا احتجاج من أبي يوسف على أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة . قلت : ذلك بعيد عن عبارة الكتاب جدا لأن قياس المزبور لم يذكر بصدد الجواب عما قاله صاحبه . بل ذكر بصدد إثبات مدعاه . فكيف يصلح أن يكون ثبوت الاحتجاج على الخصم سببا على أبي حنيفة فقط من مذهبه في الشراء الفاسد . ثم أقول : الأوجه في التوجيه أن يقال : إن لأبي يوسف في البناء بعد الشراء الفاسد قولين : أحدهما أن البائع حق استرداد المبيع بعد ذلك وقد ذكره المصنف في فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع . وثانيهما أنه ليس البائع ذلك كما قاله أبو حنيفة وقد نقله صاحب الغاية هناك عن الإيضاح حيث قال : وذكر في الإيضاح أن قول أبي يوسف هذا هو قوله الأول وقوله آخر مع أبي حنيفة اه . وكلنا لأبي يوسف في مسئلتنا هذه قولان : أحدهما ما ذكره المصنف بقوله وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع الفلح ، وهذا ما رواه الحسن بن زياد ، وثانيهما مثل ما قاله أبو حنيفة ومحمد وزفر وهو الذي ذكر في الكتاب بأن قال فهو بالخيار إن شاء أعطاهما بالثمن وقيمة البناء والفرس ، وإن شاء كلف المشتري قلعه ، وهذا رواية محمد عن أبي يوسف ورواية ابن سحابة وبشر بن الوليد وعلى بن إسماعيل والحسن بن أبي مالك عنه ، صرح بذلك كله أبو الحسن الكرخي في مختصره . وذكر في غاية البيان : وإذ قد كان الأمر كذلك فيجوز أن يكون قياس أبي يوسف بقوله والمشتري شراء فاسدا في الاستدلال على أحد قوله في هذه المسئلة مبنيا على قوله الآخر من قوله في مسئلة البناء بعد الشراء الفاسد ، وهو أن لا يكون البائع حق الاسترداد كما هو قول أبي حنيفة فيها ، ويكون تقييد المصنف قوله وبخلاف الشراء الفاسد بقوله عند أبي حنيفة احترازا عن قول محمد وعن أحد قول أبي يوسف فيها وهو قوله الأول كما عرفت فتدبر (قوله ولهذا لا يثبت بعد البناء وهذا الحق يثبت) قال صاحب

في المشتري إنما هو قوله . وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية (قوله ولأن حق الاسترداد) معطوف على قوله لأنه حصل (قوله فيها) أي في المبة والبيع الفاسد (ضعيف) ولهذا لا يثبت بعد البناء ، وهذا الحق) أي حق الشفعة وبيعي ولا يلزم من عدم تكليف القلع لحق ضعيف علمه لحق قوي . قيل فيه نظر ، لأن الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد إنما لا يثبت على مذهب أبي حنيفة ، فالاستدلال به لا يصلح . والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية ، أو لأنه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما . وقوله (فلا معنى لإيجاب القيمة) راجع إلى أول الكلام : يعني إذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لإيجاب القيمة على الشفع ، لأن الشفع بمنزلة المستحق ، والمشتري إذا بني أو غرس ثم استحق رجوع المشتري بالثمن بقيمة البناء والفرس على البائع دون المستحق فكذلك هاهنا . وقوله (والزرع يقلع) جواب عن قوله وكما إذا زرع المشتري . ولم يجب عن قوله لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين لأن قوله ولهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري تضمن ذلك ،

(قوله قيل فيه نظر) أقول : لقائل هو الإيضاح .

وإنما لأيقع استحسانا لأن له نهاية معلومة ويبقى بالأجر وليس فيه كثير ضرر ، وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما يبناه في الغصب (ولو أخذها الشفيع فبئى فيها أو غرس ثم استحققت رجع بالثمن) لأنه تبين أنه أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس ، لاعلى البائع إن أخضاها منه ، ولا على المشتري إن أخضاها منه . وعن أبي يوسف أنه يرجع لأنه متملك عليه فزلا منزلة البائع والمشتري ، والفرق على ما هو المشهور أن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ، ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لأنه مجبور عليه .

غاية البيان : هذا إيضاح لضعف حق الاسترداد في الهبة والشراء الفاسد ، ولكن فيه نظر لأن الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد إنما لا يثبت على مذهب أبي حنيفة لاعلى مذهب أبي يوسف فكيف يحتج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه . ولأبي يوسف أن يقول : هذا مذهبه لا مذهبي ، وعندى حق الاسترداد بعد البناء باق في الشراء الفاسد اه . أقول : نظره ساقط جدا : لأن هذا الإيضاح من منفرعات قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد ، وقوله ذلك جواب عن قياس أبي يوسف على الموهوب له والمشتري شراء فاسدا كما صرح به ذلك الناظر وغيره ، وقياسه على المشتري شراء فاسدا إنما يتم على القول بعدم بقاء حق الاسترداد البائع بعد أن يبنى المشتري شراء فاسدا ، فإن كان مراده بقياس المذكور إثبات مدعاه كما هو الظاهر من عبارة الكتاب على ما نبينا عليه من قبل كان قياسه المذكور مبني على قوله الآخر في مسئلة الاسترداد وهو كتقول أبي حنيفة فليس له أن يقول هذا مذهبه لا مذهبي ، وإن كان مراده بقياس المذكور مجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة كما ذهب إليه ذلك الناظر في شرح ذلك المقام ، فلا شك في اندفاع الاحتجاج عليه بما ذكره من الفرق والإيضاح على مذهبه ، فلا معنى لقول ذلك الناظر فكيف يحتج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه . وأجاب صاحب العناية عن النظر المزبور بوجهين آخرين حيث قال : قيل فيه نظر لأن الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد إنما لا يثبت على مذهب أبي حنيفة فالاستدلال به لا يصح . والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أو لأنه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما اه كلامه . أقول : في كل من وجهي الجواب نظر . أما في الأول فلأن المصنف بصدد بيان وجه ظاهر الرواية كما ترى فلا مجال لحمل كلامه المذكور في ذلك الصدد على غير ظاهر الرواية . وأما في الثاني فلأن الظاهر أن الدليل الظاهر الذي كان علم بقاء حق الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد ثابتا به إنما هو حصول ذلك الشراء بتسليط من جهة من له الحق وهو البائع كما في البيع الصحيح فإنه المذكور دليلا على ذلك في موضعه دون غيره ، وقد جعله المصنف هاهنا دليلا أول فكيف يثبت عليه تمام الدليل الثاني الذي كلامنا فيه ، تبصر تفهم) قوله والفرق على ما هو المشهور أن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ، ولا تسليط ولا غرور في حق الشفيع من المشتري لأنه مجبور عليه) أقول : كان الأولى أن يقال : ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع لامن البائع ولا من المشتري

لأن الرجوع بدفع أعلى الضررين بالأهون إنما يكون بعد المساواة في أصل الحق ، ولا مساواة لأن حق الشفيع مقدم ، وطولب بالفرق بين بناء المشتري في الدار المشفوعة وصيغها بأشياء كثيرة ، فإن الشفيع بالخيار بين أن يأخذها ويعطى ما زاد فيها بالصيغ وبين أن يتركها . وأجيب بأنه أيضا على الاختلاف ، ولو كان بالاتفاق فالفرق أن النقص لا يتضرر به المشتري كثيرا لسلامة النقص له ، بخلاف الصيغ . وقوله (وإذا أخذه بالقيمة) معطوف على مقدر دل عليه التخيير ، وتقريره الشفيع بالخيار إن شاء كلف القلع ، وإن شاء أخذه بالقيمة . فإن كلفه فذلك ، وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما يبناه في الغصب (ولو أخذها الشفيع فبئى فيها أو غرس فاستحققت الأرض رجع بالثمن) لا غير أخذه من البائع أو المشتري (لأنه تبين أن أخذه كان بغير حق) وعن أبي يوسف أنه يرجع بقيمة البناء والغرس أيضا لأنه متملك عن المشتري فزلا منزلة البائع والمشتري ، ثم المشتري في صورة الاستحقاق يرجع على البائع بالثمن وقيمة البناء فكل ذلك الشفيع (والفرق على المشهور) من الرواية ما ذكره (أن المشتري مغرور) ومسلط على البناء والغرس (من جهة البائع) ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لأنه مجبور عليه .

قال (وإذا انتهكت الدار أو احترق بناؤها أو جفّ شجر البستان بغير فعل أحد فالشفع بالخيار . إن شاء أخذها بجميع الثمن) لأن البناء والفرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصير مقصودا ولهذا جاز بيعها بمراجعة بكل الثمن في هذه الصورة ، بخلاف ما إذا غرق نصف الأرض حيث يأخذ الباقي بمحصته لأن القاتل بعض الأصل . قال (وإن شاء ترك) لأن له أن يتمتع عن تملك الدار بماله . قال (وإن نقض المشتري البناء قبل للشفع إن شئت فخذ العربة بمحصتها ، وإن شئت فذد) لأنه صار مقصودا بالإتلاف فيقابلة شيء من الثمن ، بخلاف الأول لأن الملاك بأقفة مساوية (وليس للشفع أن يأخذ النقض) لأنه صار موصولا فلم يبق تبعا . قال (ومن ابتاع أرضا وعلى نخلة ثمر أخذها الشفع بثمرها) ومعناه إذا ذكر الثمر في البيع لأنه لا يدخل من غير ذكر ، وهذا الذي ذكره استحسن . وفي القياس لا يأخذه لأنه ليس يتبع ، ألا يرى أنه لا يدخل في البيع من غير ذكر فأشبه المتاع في الدار . وجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار ، وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفع . قال (وكذلك إن ابتاعها وليس في النخل ثمر فأثمر في يد المشتري) يعني يأخذه الشفع لأنه مبيع تبعا لأن البيع سرى إليه على ما عرف في ولد المبيع . قال (فإن جدّه المشتري ثم جاء الشفع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا) لأنه لم يبق تبعا للعقار وقت الأخذ حيث صار مقصولا عنه فلا يأخذه .

ليتم ما أخذه من البائع وما أخذه من المشتري ويطلق قوله فيما قبل ، ولا يرجع بقيمة البناء والفرس لأهل البائع إن أخذ منه . ولا حل للمشتري إن أخذ منه . وعن هذا قال في الكافي : ولا غرور في حق الشفع لأنه تملك عن صاحب اليد جبرا بغير اختيار منه . وقال في النهاية فقلنا من الميسر : ولا غرور في حق الشفع لامن جانب البائع ولا من جانب المشتري لأنه تملك من صاحب اليد جبرا من غير اختيار فلا يرجع له . وردّ صاحب الإصلاح والإيضاح التعليق بالأخذ جبرا حيث قال : إنما لا يرجع بقيمة البناء والفرس على أحد ، لا لأنه أخذ جبرا لأنه لا ينشئ فيما أخذ بالتراضي ، بل لأنه ليس بمغرور . والمشتري إنما يرجع على البائع لأنه مغرور من جهته . أمول : ليس ذلك بشيء ، لأن قيد الجبر مأخوذ في تعريف الشفعة على ما ذكر في عامة الكتب ، حتى أن ذلك الرادّ نفسه أيضا أخذ ذلك القيد في تعريفها حيث قال في منتهى الشفعة تملك مبيع عقار جبرا بمثل غنه ، وفسر في شرحه قيد جبرا بمعنى يعم صورة الأخذ بالتراضي أيضا حيث قال : يعني لا يعتبر اختياره لا أنه يعتبر علم اختياره ، ولا يتعيّن أن توجيهه هناك هو التوجيه هاهنا ، ولا يخل بالفرق بين المشتري مع البائع وبين الشفع مع خصمه تمام ذلك الفرق باعتبار الاختيار في الأول وعدم اعتباره في الثاني ، ولا يتوقف على اعتبار الاختيار في الأول واعتبار عدمه في الثاني

قال (وإذا انتهكت الدار النخيل كلامه مظهر ، والتأمل فيه يرشد إلى أن في قول من قال إنهم : يعني أئمتنا زعموا أن البناء إذا احترق لم يسقط شيء من الثمن عن الشفع ، وإذا غرق بعض الأرض سقط حصته من الثمن فكأنهم اعتبروا فعل الماء دون النار تسعفا لقلة التأمل ، فإن منشأ الفرق ليس فعل الماء ، وإنما منشؤه أن البناء وصف بالأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن إذا فات من غير صنع أحد ، وأما بعض الأرض فليس بوصف ليضرب آخر فلا بد من إسقاط حصة ما غرق من الثمن (وإن نقض المشتري البناء فالشفع إن شاء أخذ العربة بمحصتها من الثمن ، وإن شاء ترك لأن البناء صار مقصودا بالإتلاف ويقابله شيء من الثمن ، وقد مرّ في البيوع) وليس للشفع أن يأخذ النقض لأنه صار مقصولا فلم يبق تبعا) بقي مقولا ولا شفعة فيه . وقوله (ومن ابتاع أرضا) ظاهر . وقوله (وما كان مركبا فيه) يعني مثل الأبواب والسرر المركبة . وقوله (على ما عرف في ولد المبيع) يعني أن البحارية المبيعة إذا ولدت ولدا قبل قبض المشتري يسرى حكم البيع إلى الولد حتى يكون الولد ملك المشتري كالأم . وقوله (في الفصلين) يريد به

(قوله تسعفا لقلة التأمل) أقول : قوله تسعفا اسم أن في قوله والتأمل فيه يرشد إلى أن في قول من قال النخ .

قال في الكتاب (وإن جذه المشتري سقط عن الشفع حصته) قال رضى الله عنه (وهذا جواب الفصل الأول) لأنه دخل في البيع مقصودا فيقابلة شيء من الثمن (أما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمن بجميع الثمن) لأن الثمن لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا إلا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن ، والله أعلم .

(باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب)

قال (الشفعة واجبة في العقار وإن كان مما لا يقسم) وقال الشافعي : لا شفعة فيما لا يقسم . لأن الشفعة إنما وجبت دفعا لمؤنة القسمة ، وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة في كل شيء عقر أوريح » إلى غير ذلك من العمومات ، ولأن الشفعة سببها الاتصال بالملك . والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على

تأمل ثق . بقى شيء في كلام صاحب الإصلاح والإيضاح وهو أنه نفي كون مدار الفرق الجبر والاختيار وحكم بأن مداره الغرور وعدم الغرور : فقال أن يقول : إن كان سبب الغرور في المشتري وعدم الغرور في الشفع كون البائع مختارا وخصم الشفع مجبورا كما هو الظاهر من تقرير المصنف يلزم المصير إلى ما فاه ، وإن كان سببها غير ذلك فهو غير واضح سيما بين الشفع الأخذ برضا خصمه وبين المشتري من البائع . ويمكن الجواب بأن يقال : سبب غرور المشتري التزام البائع له سلامة المبيع كما يشير إليه تقرير صاحب النهاية حيث قال : إن المشتري مغرور من جهة البائع فيرجع عليه بالثمن وقيمة البناء لدفع الغرور . وذلك لأن البائع ألزم للمشتري السلامة له . والظاهر أن خصم الشفع وإن رضى بأخذه لكن لم يلزم له السلامة فافرقا . والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب .

(باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب)

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملا ، لأن التفصيل بعد الإجمال كذا في الشروح (قوله الشفعة واجبة في العقار) قال جمهور الشراح : العقار كل ماله أصل من دار أو ضيعة . أقول : تفسيرهم العقار بهذا الوجه مما يأباه ظاهر الحديث الآتي ذكره في تعليل هذه المسئلة وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة في كل شيء عقر أوريح » لأن الربع هو الدار بعينها كما صرح به في كتب اللغة ونص عليه الشراح هاهنا ، وقد عطف ذلك في الحديث المذكور على العقار ، والعطف يقتضى المناصرة بين المطلقين فكيف يتيسر إدراج الدار في معنى العقار ، اللهم إلا أن يجعل ما في الحديث من قبيل عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى - حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى - لكن النكتة فيه غير واضحة ،

ما إذا كان في النخل ثم وقت الشراء ثم جذه المشتري ، وما إذا لم يكن ثم ثم ثم جاء الشفع لاتحاد الملة وهو عدم الاتصال لأن التبعية كانت به وقد زالت . وقوله (في الكتاب) يعنى مختصر القندورى ، والله أعلم .

(باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب)

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر الوجوب مجملا ، لأن التفصيل بعد الإجمال . قال (الشفعة واجبة في العقار البني) الشفعة واجبة : أى ثابتة في العقار ، وهو ماله أصل من دار أو ضيعة (وإن كان مما لا يقسم) أى لا يجزئ القسمة كالحمام والرحى : وإنما يؤخذ بالشفعة ما كان متصلا بطريق الشفعة فلا تؤخذ القصاع مع الحمام لأنها غير متصلة ، والمراد بالرحى بيت الرحى ، والربيع الدار . والحائط البستان ، وأصله ما أحاط به ، والحطب يسكون السنين وتحتها في معنى

(باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب)

ما مر ، وأنه ينظم التقسيم ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق . قال (ولا شفعة في العروض والسفن) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا شفعة إلا في ربع أو حائط » وهو حجة على مالك في إيجابها في السفن . ولأن الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام ، والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به . وفي بعض نسخ المختصر . ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيعت دون العرصة . وهو صحيح مذكور في الأصل . لأنه لا قرار له فكان نقليا ، وهنا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفن إذا لم يكن طريق العلو فيه ، لأنه بما له من حق القرار التحق بالعقار . قال (والمسلم والذي في الشفعة سواء) للعمومات ولأنهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق . ولهذا يستوى فيه الذكر والأنثى والصغير والكبير والباغي والعاقل والحر والعبد إذا كان مأخوذا أو مكاتباً .

على أن عطف الخاص على العام بكلمة أو مما لم يسمع قط . ثم أقول : قال الإمام المطرزي في المغرب : والعقار الضيقة . وقيل كل مال له أصل من دار أو ضيقة أه فعل ما وقع في الحديث المذكور وادع على أول التفسيرين المذكورين في المغرب للعقار وهو التفسير المختار عند صاحب المغرب كما يشعر به تحريره . وما ذكره جمهور الشراح هاهنا مطابق للتفسير الثاني منها ، فكأنهم اختاروه هاهنا لكونه المناسب للمقام من الشفعة كما ثبتت في الضيقة تثبت في الدار ونحوها أيضا على ما سرحوا به . ثم أعلم أنه قال الجوهري في الصحاح في فصل العين من باب الراء : والعقار بالفتح الأرض والضياع والنخل ، ومنه قولهم ما له دار ولا عقار . وقال في فصل الضاد من باب العين من الصحاح : والضيقة العقار والجمع ضياح أه . أقول : في كلامه اختلال لأنه فسر العقار أولا بما يشمل الأقسام الثلاثة وهي الأرض والضياع والنخل . ثم فسر الضيقة التي هي مفرد الضياح بالعقار فإزم تفسير الأخص بالأعم كما ترى (قوله ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه الصلاة والسلام « لا شفعة إلا في ربع أو حائط ») أقول : فيه شيء وهو أن الظاهر أن وجه الاستدلال بهذا الحديث هو أنه عليه الصلاة والسلام حصر ثبوت الشفعة في الربع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن ، فبرر عليه أن مقتضى ذلك الحصر أن لا تثبت الشفعة في عقار غير ربع وحائط أيضا كضيعة خالية مثلا ، وليس كذلك قطعا فكيف يتم التحكك به ؟ فإن قلت : يمكن أن يحصل القصر المستفاد من الحديث المذكور على القصر الإضيافي دون الحقيقي بأن يكون المراد به قصر ثبوتها على ربع وحائط بالإضافة للعروض والسفن لا قصره عليهما بالنسبة إلى جميع ما عداهما فلا يرد المخلوق المزبور . قلت : من أين نفهم أن إضافة ذلك القصر إلى العروض والسفن لا إلى العروض فقط دون السفن ، ولا إلى ما يعم شيئا مما سوى العروض والسفن . وما القرينة على ذلك حتى يتم الاستدلال بالحديث المذكور ويصير حجة على مالك في إيجابها في السفن كما ذكره المصنف فتأمل .

القدر ، واختار الجوهري الفتح وقال : إنما تسكن في ضرورة الشعر . وقوله (إذا لم يكن طريق العلو فيه) لبيان أن استحقاق الشفعة للعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة ، وليس لثبوت الشفعة إذا كان له طريق في السفن ، بل إذا كان له ذلك كان استحقاقها بالشركة في الطريق لا بالجوار فيكون مقدما على الجوار (والمسلم والذي فيها سواء) وقال ابن أبي ليلى : الشفعة رفق شرعى فلا يستحقها من ينكر الشرع وهو الكافر . ولنا العمومات من غير فصل والاستواء في السبب والحكمة وهي دفع ضرر سوء الجوار وذلك يقتضي الاستواء في الاستحقاق (ولهذا قلنا يستوى فيه الذكر والأنثى والصغير والكبير) وقال : لا شفعة للصغير لأنه لا يتضرر بسوء الجاورة . قلنا : إن لم يتضرر في الحال يتضرر في المال (ويستوى الباغي والعاقل والحر والعبد إذا كان مأخوذا أو مكاتباً) فإن كان البائع غير المولى فللعبد المأخوذ الشفعة مميونا كان أو لا . وإن كان هو المولى : فإن كان عليه دين فله ذلك وإلا فلا ، وهذا لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد المأخوذ المديون من المولى جائز دون غيره .

قال (وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة) لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ممتلك به المشتري صورة أو قيمة على مامر . قال (ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها أو يتخلى المرأة بها أو يستأجر بها داراً أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد أو يعتق عليها عبداً) لأن الشفعة عندنا إنما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا . وهذه الأعواض ليست بأموال ، فيجانب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع . وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لأن هذه الأعواض متقومة عنده فأمكن الأخذ بقيمتها إن تعذر بمثالها كما في البيع بالعرض ، بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها رأساً .

(قوله وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ممتلك به المشتري صورة أو قيمة على مامر) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : قد تقدم أن الشفعة إنما تجب في العقار ، ومن شرطها أن تملك بعوض هو مال . لأن مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ممتلك المشتري صورة في ذوات الأمثال أو قيمة في ذوات القيم على مامر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة ، وهي إنما يمكن إذا كان العوض مالا . فإن الشرع قدم الشفع على المشتري في إثبات حق الأخذ له بذلك السبب لا بإنشاء سبب آخر ولهذا لا تجب في الموهوب ، لأنه لو أخذه أخذه بعوض فكان سببا غير السبب الذي تملك به الممتلك اهـ . أقول : لقائل أن يقول : لم يجوز أن يأخذه بلا عوض بالسبب الذي تملك به الممتلك وهو الوصية بلا عوض . لا يقال : لا يتصور الهبة بغير رضا الواهب والممتلك لا يرضى بفروج الموهوب من يده بلا عوض . فلا يملك الشفع أخذه بلا عوض . لأننا نقول : مدار الشفعة على عدم اعتبار رضا الممتلك ، وعن هذا قالوا : إن حق الشفعة معدول عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضاه كما مر في صدر كتاب الشفعة ، فلا تأثير لحديث عدم رضا الممتلك بفروج الموهوب من يده بلا عوض في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب ، فالوجه التام في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب والموروث وأمثالهما ما ذكر في الكافي وغيره ، وهو أن الشفعة عندنا تختص بمعاوضة مال بمال لأنها ثبتت بخلاف القياس بالآثار . في معاوضة مال بمال فيقتصر عليها (قوله وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لأن هذه الأعواض متقومة عنده فأمكن الأخذ بقيمتها) قال في العناية : وهي مهر المثل : وأجر المثل في الزوج والحل والإجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والإعتاق اهـ . أقول : في قوله

قال (وإذا ملك العقار بعوض هو مال الخ) قد تقدم أن الشفعة إنما تجب في العقار ومن شرطها أن تملك بما هو مال (لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ممتلك المشتري صورة في ذوات الأمثال أو قيمة في ذوات القيم على مامر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة . وهي إنما يمكن إذا كان العوض مالا فإن الشرع قدم الشفع على المشتري في إثبات حق الأخذ له بذلك السبب لا بإنشاء سبب آخر . ولهذا لا تجب في الموهوب ، لأنه لو أخذه أخذه بعوض وكان سببا غير السبب الذي يملك به الممتلك وعلى هذا (لا شفعة في الدار يتزوج الرجل عليها أو يتخلى المرأة بها أو يستأجر بها داراً أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد) أي غير دار من عبد أو حانوت ويصالح بها عن دم العمد أو يعتق عليها عبداً . لأن الشفع لا يقتدر على تملك هذه الأشياء للمشتري حتى يتحقق التملك بمثل ممتلك به . وكان تفريع هذه المسائل على الأصل المذكور وهو قوله لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع الخ كافياً . ولكنه استدلل عليه بدليل مستقل وهو قوله لأن الشفعة عندنا إنما تجب الخ استظهاراً ، وعند الشافعي تجب فيها الشفعة ، لأن هذه الأعواض متقومة عنده فأمكن الأخذ بقيمتها وهو مهر المثل وأجر المثل في الزوج والحل والإجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والإعتاق (إن تعليق الأجنز بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها أصلاً) وقوله :

(قوله واجبة : وهي إنما يمكن إذا كان العوض مالا) أقول : قوله واجبة خبر أن في قوله لأن مراعاة شرط الشرع الخ (قوله كافيًا) أقول : خبر كان في قوله وكان تفريع هذه المسائل الخ (قوله وقيمة الدار والعبد) أقول : كان الكلام في قيمة الأعواض لافي قيمة

وقوله يتأتى فيها إذا جعل شقصا من دار مهر أو ما يضاهيه لأنه لاشعة عنده لإفيه ونحن نقول: إن تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الإجارة ضرورى فلا يظهر في حق الشفعة، وكذا الدم والعق غير متقوم لأن القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما، وعلى هذا إذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرًا لأنه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا للبضع، بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى لأنه مبادلة مال بمال، ولو تزوجها على دار على أن تردّ عليه ألفا فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة وقالوا: يجب في حصة الألف لأنه مبادلة مالية في حقه، وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينقذ بالبقاء النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه، ولا شفعة في الأصل فكلنا في التبع، ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة

وقيمة الدار نظر، إذ الكلام في قيمة الأعراس التي جعلت بدلا للدار في الصور المذكورة لا في قيمة نفس الدار. والعوض في صورة الصلح هو دم العمد، فالواجب عند الشافعي قيمة دم العمد على زعمه لا قيمة الدار. لا يقال: لما جعل دم العمد عوضا من الدار صارت قيمته قيمة الدار. لأننا نقول: لو انقضى هذا التدر أن تسير قيمة أحد العوضين قيمة الآخر لكان قيمة الأعراس المذكورة في الصورة المزبورة كلها قيمة الدار لكون كل منهما عوضا من الدار ولم يقل به أحد. بل وقع التصريح بخلافه في سائر الصور في نفس العناية أيضا. ثم إن بعض الفضلاء لما تنبه لإحمال ما قلنا قال: كأن الكلام في قيمة الأعراس لا في قيمة الدار والعبد فتأمل. إله. أقول: لم يصب في زيادته العبد وإلحاقه بالدار في الموازنة. فإن العبد مأخوذ في جانب الأعراس المقابلة للدار كما فصّح عنه عبارة الكتاب. فكون الكلام في قيمة الأعراس لا يثنى اعتبار قيمة العبد في صورة الإعتاق. نعم العوض إعتاق العبد لا نفس العبد. لكن من يجعل الإعتاق متقوما لا بد له من المصير إلى قيمة العبد في تقويمه، والكلام هنا على أصله، وأما التحقّق من قبلنا فسيجيء من بعد (قوله وكذا الدم والعق غير متقوم) قال في العناية:

أى قول الشافعي رحمه الله (يتأتى فيها إذا جعل شقصا من دار مهر أو ما يضاهيه) أى ما يشابه المهر كيد الخلع والأجر (لأنه لاشعة عنده إلا فيه) حيث لا يرى الشفعة لأق الجوار ولا قبل لا يقبل القسمة كالخام (ونحن نقول) جواب عن جملة هذه الأعراس متقومة، وتقديره أن تقوم هذه الأعراس إما أن يكون مطلقا أو ضروريا، والأول ممنوع والثاني مسلم. ولكن لا يظهر في حق الشفعة (قوله وكذا الدم والعق غير متقوم) وإنما أفردهما لأن تقويمهما أبعد لأنهما ليسا بمالين فضلا عن التقويم. واستدل على ذلك بقوله (لأن القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب) وهو المالية لأن القيمة إنما تقوم مقام الغير من حيث المالية لإيفاءها من الأوصاف كالجوهرية والجسمية، ولا يتحقق المعنى الخاص فيهما لأن العتق إسقاط، وإزالة الدم ليس إلا حق الاستيفاء وليس من جنس ما يمتوكم به ويخسر. وقوله (وعلى هذا) لبيان أن الفرض عند العقد ويعده سواء في كونه مقابلا للبضع، بخلاف ما إذا باع الدار بمهر المثل أو بالمسمى فإن فيه الشفعة لأنه مبادلة المال بالمال. وأعرض بأن البيع بمهر المثل فاسد لجهالة ولا شفعة في الشراء الفاسد. وأجيب بأنه جاز أن يكون معلوما عندهما وبأنه جهالة في الساقط لا تنقض إلى المازعة والمصدمة ما أفضت إليها (ولو تزوجها على دار على أن تردّ عليه ألفا فلا شفعة في جميع الدار) أى في شيء منها (وقال: يجب في حصة الألف) تقسم قيمة الدار على مهر المثل وألف درهم (لأنه مبادلة مالية في حقه) أى في حق ما ينص الألف، وأبو حنيفة رحمه الله يقول معنى البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح (ولهذا ينقذ بالبقاء النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه) ولو كان البيع أصلا يفسد كما لو قال بعت منك هذه الدار بألف على أن تزوجني نفسك. وقوله (ولأن الشفعة) دليل آخر، وفيه إشارة إلى دفع ما يقال بالشفعة تنقض إلى المبادلة المالية: وأما أن تكون هي المقصودة فمنوع. ووجهه أن

الدار والعبد فتأمل (قوله وإنما أفردهما) أقول: فيه شيء لا يخفى جوابه (قال المصنف: ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة) قول: تأمل في التناظر بين الدليلين.

حتى أن المضارب إذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربع لكونه تابعا فيه . قال (أو يصالح عليها بإنكار ، فإن صالح عليها بإقرار وجبت الشفعة) قال رضى الله عنه : هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر ، والصحيح أو يصالح عليها بإنكار مكان قوله أو يصالح عليها ، لأنه إذا صالح عليها بإنكار بقي الدار في يده فهو يزعم أنها لم تزل عن ملكه ، وكلنا إذا صالح عليها بسكوت لأنه يحتمل أنه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه ، كما إذا أنكر صريحا ، بخلاف ما إذا صالح عليها بإقرار أو سكوت أو إنكار وجبت الشفعة للمدعى ، وإنما استفادته بالصلح فكان مبادلة مالية ، أما إذا صالح عليها بإقرار أو سكوت أو إنكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لأنه أخذها عوضا عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه . قال (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا ، إلا أن تكون بعوض مشروط) لأنه بيع انتهاء ، ولا بد من القبض وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لأنه هبة ابتداء ، وقد قررناه في كتاب الهبة ، بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لأن كل واحد منهما هبة مطلقة ، إلا أنه أثبت منها فامتنع الرجوع . قال (ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع) لأنه يمنع زوال الملك عن البائع (فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة) لأنه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لأن البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك (وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة) لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق ، والشفعة تبقى عليه على ما مر ، وإذا أخذها في الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ، ولا خيار للشفيع لأنه ثبت بالشرط ،

إنما أفردهما لأن تقويمهما أبعد لأيهما ليسا بمالين فضلا عن التقويم اه . أقول : فيه بحث ، لأن تمامه يتوقف على كون سائر

كونها مقصورة لا بد منه ؛ ألا ترى أن المضارب إذا كان رأس المال ألفا فاجتزروا ربح ألفا ثم اشترى بألفين دارا في جوار رب المال ثم باعها بألفين فإن رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح لأن الربح تبع لرأس المال ، وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لأن البيع كان لرب المال لأن المضارب وكيله في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل على ما يبيىء ، فكذا في حصة الربح وهو البيع . قال (أو يصالح عليها بإنكار الخ) عطف القيد على قوله أو يصالح عليها بإنكار على قوله أو يعتق عليها عبدا من الصور التي لا يجب فيها الشفعة ، وليس بصحيح بلفظ عليها كما وقع في أكثر نسخ المختصر وكلامه ظاهر . وقوله (إذا لم يكن من جنسه) أى إذا لم يكن العوض من جنس حقه ، وقيد بذلك لأنه إذا كان من جنسه بأن يكون بعض المصالح عنه حقه كان أخذها حقه فليس فيه معاوضة فلا تجب الشفعة . قوله (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا) يعنى في قوله بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها رأسا (إلا أن يكون بعوض مشروط) في العقد ، ولا بد أن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لأنه هبة ابتداء ، على أن يجب له الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقاضا (ولا بد أن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لأنه هبة ابتداء ، وقد قررناه في كتاب الهبة) لأن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء ، بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطا في العقد فإنه لا تثبت الشفعة لائق الموهوب ولا في العوض إن كان العوض دارا (لأن كل واحدة منهما مطلقة عن العوض ، إلا أنه أثبت منها فامتنع الرجوع) ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع لأنه يمنع زوال الملك عن البائع ، وبما امتنع البائع يمنع الشفعة كما في البيع الفاسد ، فلأن يمنع بقاء ملكه كان أولى (فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة) لزوال المانع عن الزوال (ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح) لأن البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك . وقوله في الصحيح استأز عن قول بعض المشايخ إنه يشترط الطلب عند وجود البيع لأنه هو السبب (قوله وإن اشترى بشرط الخ) ظاهر . وقوله (على ما مر) إشارة إلى قوله من قبل ويجب بعقد البيع إلى أن قال : والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار الخ (قوله وإذا أخذها أى أخذ الشفع الدار في مدة الخيار وجب البيع) وسقط الخيار بعجز المشتري عن الرد ، ولا خيار للشفيع لأنه ثبت بالشرط

وهو للمشتري دون الشفع ، وإن بيعت دار إلى جنبها والخيار لأحدهما فله الأخذ بالشفعة أما للبائع فظاهر ببقاء ملكه في التي يشفع بها ، وكذا إذا كان للمشتري وفيه إشكال أوضحتها في البيوع فلا نعيده ، وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع ، بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره بأخذ ما يبيع بجنبها بالشفعة ، لأن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال فكيف بدلالته ، ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى له أن يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية . قال (ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها) أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع ، وبعد القبض لاحتمال القسح ،

الأعراض المذكورة مالا وإن لم تكن مقومة ، وليس الأمر كذلك فلها أيضا ليست بأموال عندنا . وقد أنصح عنه قول المصنف فيها قبل وهذه الأعراض ليست بأموال ، وقوله في باب المهر من كتاب النكاح أن المتافع ليست بأموال على أصاننا . واخفى عندى في تعليل أن تقومهما أبداً أن يقال لهما ليسا بمقومتين أصلاً : أى لا بالقوم الضرورى ولا بغير الضرورى كما مر آنفاً (قوله وفيه إشكال أوضحتها في البيوع فلا نعيده) قال في النهاية : هذه الحوالة في حق الإشكال غير راجحة . بل فيه جواب الإشكال لا للإشكال وهو قوله ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ . وقيل إذا كانت الحوالة في حق جواب الإشكال راجحة كانت في حق الإشكال كذلك ، لأن الجواب يتضمن السؤال ، وقيل لم يقل في بيع هذا الكتاب فيجوز أن يكون أوضحه في كفاية المنهى ، كذا في العناية أخذنا من مراجع الدراية . أقول : لا يذهب عليك أن قوله فلا نعيده بأنى عن أن يكون مراده بقوله أوضحتها في البيوع لإيضاحه في بيوع كفاية المنهى ، لأن ذكر شيء في كتابه هذا بعد أن ذكره في كفاية المنهى لا يمد إعادته ، وإلا لزم أن يكون أكثره سائل هذا الكتاب بل جميعاً من قبيل الإعادة لكونها مذكورة في كفاية المنهى (قوله ومن ابتاع داراً شراء فاسداً) قال صاحب العناية : وفي قوله ومن ابتاع داراً شراء فاسداً تلويح إلى أن عدم الشفعة إنما هو فيها إذا وقع فاسداً ابتداء . لأن الفساد إذا كان بعد انتقاده صحيحاً فحق الشفعة باق على حاله . وقال بعض الفضلاء في بيان وجه التلويح حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار اه . أقول : هذا الكلام منه

وهو للمشتري دون الشفع وإن بيعت دار بجنبها والخيار لأحدهما (أى لأحد المتعاقدين من البائع أو من المشتري) فله الأخذ بالشفعة أما البائع فظاهر ببقاء ملكه في التي يشفع بها) فإن أخذها بالشفعة كان نقضاً لبيعها لأنه قرّر ملكه . وإقرار البائع على إقرار ملكه في مدة الخيار نقض للبيع ، لأنه لو لم يعمل نقضاً لكان إذا أجاز البيع فيها ملكها للمشتري من حين العقد حتى يستحق يزوالها المتصلة والمنفصلة وتبين أنه أخذها بغير حق (وكذا إذا كان الخيار) للمشتري (وفيه إشكال) وهو ما ذكره البلخي من أن أصل أبي حنيفة أن المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة الخيار ، والشفعة لا تستحق إلا بالملك فكان تناقضاً . وقوله (أوضحتها في البيوع) قال في النهاية : هذه الحوالة في حق الإشكال غير راجحة ، بل فيه جواب الإشكال وهو قوله ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ . وقيل إذا كانت الحوالة في حق جواب الإشكال راجحة كانت في حق السؤال كذلك لأن الجواب يتضمن السؤال . وقيل لم يقل في البيوع من هذا الكتاب فيجوز أن تكون واضحة في كفاية المنهى . ولو كان الخيار لهما لم تثبت الشفعة لأجل خيار البائع للأجل خيار المشتري (قوله وإذا أخذها) يعنى أخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشترية كان الأخذ منه إجازة للبيع الأول فيسقط خياره لما ذكرناه في طرف البائع (قوله بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها) ظاهر . وقوله (ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى) يعنى التي اشتراها المشتري بشرط الخيار (له) أى للشفيع أن يأخذها دون الثانية وهي التي أخذها المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية . قال (ومن ابتاع داراً شراء فاسداً) أول كلامه ظاهر . وفي قوله ومن ابتاع داراً شراء فاسداً تلويح إلى أن عدم الشفعة إنما هو فيها إذا وقع

(قوله تلويح إلى أن عدم الشفعة الخ) أقول : حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار .

وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد، وفي إثبات حق الشفعة تقرير القساذ فلا يجوز، بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لأنه صار أخص به تصرفاً وفي البيع الفاسد ممنوع عنه . قال (فإن سقط حق الفسخ

عجيب . لأن حدوث الفساد كما يوجد فيها إذا وقع في ابتداء العقد يوجد أيضاً فيها إذا وقع بعد انعقاده صحيحاً ، بل الحدوث في الصورة الثانية أظهر وأجل لأن الفساد يحصل فيها بعد أن لم يكن في ابتداء العقد . وأما في الصورة الأولى فهو حاصل في الابتداء والانتفاء فيها استمرار الفساد بالنسبة إلى الصورة الثانية ، فجرد الإتيان بالجملة القطعية إن لم يكن ملوفاً إلى الثانية فلا أقل من أن يكون ملوفاً إلى الأولى . والصواب أن وجه التلويح إلى ذلك هو أنه جعل قوله شراء فاسداً قيداً للاقتناع الذي هو أصل العقد . فلم به أن المراد هو الفساد في ابتداء العقد لا الفساد الطارئ وهذا مما لا ستره به (قوله وجب الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد . وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد) واعترض عليه بأنه لم يجوز أن لا يثبت الفساد في حق الشفعين لئلا يلزم تقرير الفساد

فاسداً ابتداءً ، لأن الفساد إذا كان بعد انعقاده صحيحاً فحق الشفعة باق على حاله ، ألا ترى أن التصاريح إذا اشترى من نصراني داراً بخمر ولم يتقابضها حتى أسلمها أو أسلم أحدهما أو قبض الدار ولم يقبض الخمر فإنه يفسد البيع وحق الشفعين في الشفعة باق لأن فساداً بعد وقوعه صحيحاً (قوله وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز) يعني الأخذ بالشفعة . واعترض عليه بأنه لم يجوز أن لا يثبت الفساد في حق الشفعين كما لم يثبت في حق الخيار الثابت للمشتري الذي اشترىها بشرط الخيار فثبتت البيع في حقه بلا فساد ليصل إلى حقه ، ولا يلزم تقرير الفساد . وأجيب بأن فساد البيع إنما ثبت لمعنى راجع إلى العوض ، إما بالشرط في حقه أو الفساد في نفسه كجفيل الخمر ثمتاً ، فلو أسقطنا العوض لفساد فيه رجع البيع بلا ثمن وهو فاسد . وما يلزم من فرض عدمه وجوده فهو موجود فلا يمكن انتفائك البيع الفاسد عن فساد . وأما البيع الصحيح فيمكن وجوده بلا شرط خيار . وقوله (بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح) جواب عما يقال : أحال الفسخ في البيع الصحيح إذا كان الخيار فيه للمشتري قائم ولم يمنع حق الشفعة . وتقرير الجواب أن مشتري ذلك صار أخص بالبيع تصرفاً حيث تعلق بتصرفه الفسخ والإجازة . وذلك يوجب حق الشفعة كالمأذون والمكاتب إذا بيعت دار بينهما ، وفي الفساد المشتري ممنوع عن التصرف فيه . والحاصل أن الفسخ وإن كان محتملاً فيما لكن في الخيار للمشتري يحل التصرف في الحال على وجه يزيل موجب الاحتمال بإسقاطه ، وفي الفساد لا يحل لأنه ممنوع عن التصرف . واعترض بأننا لانسلم أنه ممنوع عن التصرف ، بل له أن يبيع يبيعاً صحيحاً ولا يبقى لباته حق النقض ، وفيه تقرير الفساد أيضاً . وأجيب بأننا لانسلم أن له ذلك بل هو منهي عنه ، وقد يترتب على المحظور من الأحكام كالوطء حالة الحيض فإنه يحل للمرأة على زوجها الأول ، وتقرير الفساد المأمور بقضه من الشرع ممنوع ، وفي شرع الشفعة في البيع الفاسد ذلك والبيع المحظور الصادر من العبد ليس يضاف إلى الشرع . وأرى أن قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي إثبات حق الشفعة تقريره له كان كافياً ، وورود الخيار للمشتري كان يندفع بقوله لدفع الفساد . فإن الفسخ فيه وإن كان ثابتاً بالشرع لكنه ليس لدفع الفساد ؛ ولكنه أتى بالسؤال والجواب إشارة إلى أن الشفعة تستحق على المالك بملك غير محظور أو على من صار أحق بالبيع تصرفاً ، والمشتري بالخيار إن لم يكن مالِكاً فهو أحق بالتصرف ، والمشتري شراء فاسداً ليس منها ، فإن سقط الفسخ بازدياد في المبيع كالبقاء والفرس عند أبي حنيفة والبيع من أكثر بالاتفاق وجب

(قوله أو قبض الدار ولم يقبض الخمر الخ) أقول : حتى أسلمها أو أسلم أحدهما (قوله يعني الأخذ بالشفعة) أقول : أظهر يعني إثبات حق الشفعة (قوله فلو أسقطنا العوض لفساد فيه الخ) أقول : فيه بحث ، إذ لا حاجة إلى إسقاط العوض ، بل يكفي إسقاط الشرط كما في خيار الشرط واعتبار قيم مثل الخمر فتعتبر (قوله وما يلزم) أقول : وهو الفساد هلكتنا (قوله من فرض عدمه وجوده) أقول : فيه بحث (قوله واعترض بأننا لانسلم أنه الخ) أقول : لفظ الأخص يتكفل يندفع هذا الاعتراض ، فإنه لا يبيع تصرفاً فيما إذا كان الخيار للمشتري بخلافه في البيع الفاسد فليتأمل ، فإن قوله في الفساد ممنوع عنه لا يتوقف عليه الاستدلال (قوله وأجيب بأننا لانسلم أن ذلك) أقول : ظاهره مقابلة للمنع بالبيع فلا بد أن يحل السؤال على المارضة ، وقوله لانسلم تسامح (قوله ولكنه أتى بالسؤال والجواب إشارة إلى) أقول : ونستظهر أيضاً ، وقد سبق منه في هذا الباب ، ثم قواه أتى السؤال يعني ضمناً .

وجبت الشفعة لزوال المانع ، وإن بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه ، وإن سلمها إلى المشتري فهو شفيعها لأن الملك له . ثم إن سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفيعته كما إذا باع . بخلاف ما إذا سلم بعده لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فيقبت المأخوذة بالشفعة على ملكه . وإن استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة ، وإن استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا .

وإن ثبت في حق المشتري كما لا يثبت الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار في حق الشفيع فيستحقها بدون شرط الخيار كما مر من قبل في قوله ولا خيار للشفيع لأنه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع . وأجيب عنه بأن فساد البيع إنما يثبت لمعنى راجع إلى العوض ، إما بالشرط في حقه أو لفساد في نفسه كجعل الخمر مثلاً ، فلو أسقطنا العوض لفساد فيه بقي البيع بلا ثمن وهو فاسد أيضاً فلا يمكن انكسار البيع عن مفسد فلا تثبت للشفعة هناك . وأما الخيار فلإنما ثبت للمشتري لمعنى خارج عن العوضين ، إذ هو لتأمل والرتوى . فليسقاطه في حق الشفيع لا يلزم الفساد . فإن البيع الصحيح يمكن وجوده بلا شرط خيار ، هذا زبدة ما في الشروح . وأورد بعض الفضلاء على قولهم فلو أسقطنا العوض لفساد فيه بئى البيع بلا ثمن حيث قال : فيه بحث . إذ لا حاجة إلى إسقاط العوض . بل يكفي إسقاط الشرط . كما في شرط الخيار واعتبار قيمة مثل الخمر فتدبر اهـ . أقول : ليس هذا بشئ . لأن شيئاً من إسقاط الشرط واعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الفاسد بدون إسقاط نفس العوض مما لا يتصور . أما الأول فلأن إسقاط الشرط المفسد الراجع إلى العوض في عقد المتبايعين بالبيع الفاسد يستدعي إسقاط نفس العوض المعين في ذلك العقد ضرورة انقضاء الشروط بانقضاء شرطه . وأما إمكان عدم إسقاط ما يصلح لأن يكون عوضاً في مطلق البيع فغير مفيد ، لأن الشفيع إنما يستحق أخذ المشفوع بالثمن الذي أخذ به المشتري لا بمطلق جنس الثمن . وأما الثاني فلأن اعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الواقع بين المسلمين غير ممكن ، لأن مثل الخمر ليس بمال متقوم عند أهل الإسلام . فكيف يتصور اعتبار القيمة لما لا قيمة له . وأما في البيع الواقع بين الكفار فيمكن اعتبار القيمة له لكونه مالاً متقوماً عندهم . لكن مثل ذلك البيع الصادر منهم بيع صحيح والشفعة ثابتة فيه كما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع . والكلام هنا في البيع الفاسد فلا معنى

الشفعة لزوال المانع (وإن بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فالبائع الشفعة لبقاء ملكه ، وإن سلمها إلى المشتري فهو) أى المشتري (شفيعها ، لأن الملك له) لا يقال : في ذلك تقرير الفساد حيث أخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء الفاسد . لأننا نقول : المشتري بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتراة شراء فاسداً مع عدم الفساد في التي أخذها بالشفعة . بخلاف ما تقدم ، فإنه لو ثبتت الشفعة ثم انتقل الشراء الفاسد من المشتري إلى الشفيع بوصف الفساد ، وفي ذلك تقريره فلا يجوز . فإن قيل : الملك وإن كان للمشتري وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة لكن المانع متحقق وهو بقاء حق البائع في استرداد ما يثبت به حق الشفعة . وهو المشتري شراء فاسداً ، فإن بقاء ذلك منع الشفعة عن أخذ المشتري بالشراء الفاسد . أجيب بأن ذلك مجرد علق بحق الغير وهو المنع عن الشفعة ، فكيف حق المثلين في الدار المرهونة فإنه لا يمنع وجوب الشفعة لراهن إذا بيعت دار بجنبها وامتناع الشفيع عن الأخذ في تلك المسئلة لم يكن مجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد ، ولا تقرير هاهنا على ما ذكرنا من تمكن المشتري من فسخ ما اشتراه بشراء فاسد (ثم إن سلم البائع) الدار المبيعة بالبيع الفاسد إلى المشتري (قبل الحكم بالشفعة) للبائع (بطلت الشفعة) لزوال ما كان يستحقها به (كما إذا باع بخلاف ما إذا سلم بعده) لأن بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع بعد الحكم بها ليس بشرط (وإن استردها) أى الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعة المشتري لانقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم بها ، ولا تثبت الشفعة للبائع لأنه لم يكن في وقت بيع المشفوع جارياً (وإن استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا) أن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم

قال (وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لحارهم بالقسمة) لأن القسمة فيها معنى الإفراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة . قال (وإذا اشترى دارا فسلم الشفع للشفعة ثم ردها المشتري بخيار روية أو شرط أو يعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع) لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ماله والشفعة في إنشاء العقد . ولا فرق في هذا بين القبض وعلمه (وإن ردها يعيب بغير قضاء أو تقايلا البيع فالشفيع للشفعة) لأنه فسخ في حقهما لولايتهما على أنفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالراضى والشفيع ثالث . ومراده الردّ بالعيب بعد القبض لأن قبضه فسخ من الأصل وإن

للإيراد المذكور أصلا (قوله وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لحارهم بالقسمة لأن القسمة فيها معنى الإفراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة) قال صاحب العناية : ولأنها لو وجبت لوجبت للمقاسم لكونه جارا بعد الإفراز وهو متعذر . أقول : فيه نظر . أما أولا فلأن كون المقاسم جارا بعد الإفراز لا يقتضي ثبوت حق الشفعة له لأن سبب استحقاق الشفعة إن لم يكن مقدما على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع فلا أقل من كونه معه وقد تأخر عنه هنا حيث حصل الجوار بعد الإفراز الذي يزول به ملك كل واحد من المتقسمين عن الجزء الشائع في حصة الآخر . وأما ثانيا فلأنه لا يلزم من عدم وجوب الشفعة للمقاسم لأجل مانع يمنع عنه وهو التعلل المذكور عدم وجوبها للجار الآخر الذي يتحقق في حقه ذلك المانع فلا يتم التتريب . وقال صاحب غاية البيان : ولأنه لو وجبت للشفعة وجبت للمقاسم لأنه شريك والشريك أولى من الجار ولا يجوز أن يقدم الجار على الشريك . أقول : فيه نظر أيضا . أما أولا فلأن المقاسم إنما كان شريكا قبل الاقتسام ، وأما بعده فقد صار جارا فلا يلزم أن يقدم الجار على الشريك . وأما ثانيا فلأن تقدم الجار على الشريك إنما يتصور ويطلق لو ثبت لذلك الشريك حق الشفعة . وأما إذا لم يثبت له حقها لمانع كما نحن فيه فلا يتصور تقدم الجار على الشريك في استحقاق الشفعة فضلا عن بطلان ذلك . ألا ترى أنه إذا اشترى دارا فسلم الشفعة فيها أخذها الجار لسقوط حق الشريك كما مر في أوائل كتاب الشفعة ، ولا يلزم فيه أن يقدم الجار على الشريك فاعلمك فيما نحن فيه (قوله ومراده الردّ بالعيب بعد القبض) قال جماعة من الشراح : أي مراد القلدوري في قوله أو يعيب بقضاء قاض الردّ بالعيب بعد القبض ، وردّ عليهم ذلك صاحب العناية حيث

بالشفعة ليس بشرط . قال (وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لحارهم بالقسمة الخ) وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لحارهم بالقسمة لأن القسمة فيها معنى الإفراز (ولهذا يجري فيها جبر القاضى والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة) ولأنها لو وجبت لوجبت للمقاسم لكونه جارا بعد الإفراز وهو متعذر (وإذا اشترى دارا فسلم الشفع للشفعة ثم ردها المشتري بخيار روية أو خيار شرط أو يعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه) ولا فرق في هذا : يعني فيها إذا كان الردّ بالقضاء بين القبض وعلمه . وأما إذا ردها يعيب بغير قضاء فلما أن يكون قبل القبض أو بعده ، فإن كان الأول فلا شفعة لأنه فسخ من الأصل ولهذا يتمكن من الردّ بغير رضا صاحبه أو قضاء القاضى ، وإن كان الثاني وهو مراد القلدوري ففيها الشفعة على ما ذكره في الكتاب . قال الشارحون : قوله ومراده : أي مراد القلدوري في قوله أو يعيب بقضاء قاض الردّ بالعيب بعد القبض ، وفيه نظر لأنه يناقض قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعلمه ، وإنما ذكر ذلك رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف الروايين وما هو صحيح منهما ، وأما رواية الكسرى فمنها . ولا شفعة في قسمة ولا في الردّ بخيار روية لما ذكرنا أنه فسخ من الأصل ، وأما رواية الفتح فقد أثبتنا الفقيه أبو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير ، ومعناها : لا شفعة ولا خيار روية في قسمة ، لأنه لو رده بخيار الروية وهو متمكن من طلب القسمة في ساعته لم يكن في الرد فائدة ، وفيه نظر سمي . وأنكر فخر الإسلام كالصمد الشهيد ومن تابعه هذه الرواية كما ذكره في الكتاب والإمام قاضيه خان في شرح

(قوله وفيه نظر سمي) أقول : به أسطر .

كان بغير قضاء على ما عرف . وفي الجامع الصغير : ولا شفعة في قسمة ولا خيار روية . وهو بكسر الراء . ومعناه : لا شفعة بسبب الرد بخيار الروية لما بيناه . ولا تصح الرواية بالفتح عطفاً على الشفعة لأن الرواية محمولة في كتاب القسمة أنه يثبت في القسمة خيار الروية وخيار الشرط لأتبعها يثبتان لخال في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا . وهذا المعنى موجود في القسمة ، والله سبحانه أعلم .

قال : قال الشارحون قوله ومراده : أي مراد القدوري في قوله أو يعيب بقضاء قاضي الرد بالعيب بعد القبض . وفيه نظر لأنه يناقض قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعلمه اه . وقال بعض العلماء بعد نقل كلام صاحب الناية : وفيه كلام . وهو أنه يمكن أن يقال : مراد صاحب الهداية كون التضييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض لا الفرق بين القبض وعدمه حتى يناقض ما سبق فيتم كلام الشارحين كما لا يخفى فليتأمل اه كلامه . يعني يمكن أن يقال من جانب هؤلاء الشارحين إن مراد صاحب الهداية بحمل قول القدوري أو يعيب بقضاء قاض على الرد بالعيب بعد القبض صيانة كلام القدوري عن اللغو . فإن الرد قبل القبض لما كان فسخا من الأصل لم يثبت به له حق الشفعة أصلاً سواء كان بقضاء أو بغير قضاء . فلو لم يكن المراد بقوله أو يعيب بقضاء قاض هو الرد بالعيب بعد القبض لكان التضييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض . وليس مراد صاحب الهداية الفرق بين القبض وعلمه في الحكم فيها إذا كان الرد بالقضاء حتى يناقض قوله هنا فيما سبق . أقول : الحق أن مراد صاحب الهداية ما ذهب إليه صاحب الناية ، وأن ما ذكره ذلك البعض ساقط . أما الأول فلأنه لو كان مراده ما ذهب إليه هؤلاء الشارحون لما ذكر قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض . فيما بعد بيان قول القدوري وإن ردّها يعيب بغير قضاء الخ بل كان ينبغي أن يذكره قبله أثناء بيان قوله ثم ردّها المشتري بخيار روية أو شرط أو يعيب بقضاء قاض . وهذا بما لا يذهب على ذي فطرة سليمة له دوية بأساليب كلام التفات سيما المصنف . وأما الثاني فلأن عدم ظهوره فائدة التضييد بالقضاء بالنظر إلى صورة عدم القبض لا يقتضي كون التضييد بالقضاء لغوا على تقدير كون قول القدوري أو يعيب بقضاء قاض عاما شاملا لصورتى القبض وعلمه ، لأن ظهور فائدة التضييد بالنظر إلى بعض أفراد الكلام العام كاف . في كون ذلك الكلام المتيقن بذلك التقيد مصونا عن اللغو وغير محلّ يعوموه فردا آخر أيضا ، إذا لم يكن التقيد منافيا لعدم ذلك الفرد الآخر . وهاهنا كذلك فإن القضاء كما يتصور بعد القبض يتصور قبل القبض أيضا ، غاية الأمر أن تأثير القضاء في عدم ثبوت حق الشفعة إنما يظهر فيما بعد القبض تأمل تحق .

الجامع الصغير حل رواية الفتح على ما إذا كانت التركة مكيلا أو موزونا من جنس واحد لأن الرد فيه بخيار الروية غير مفيد لأن نصيبه في القسمة الثانية إما أن يكون غير ما وقع في الأولى أو مثله ، ولا فائدة فيه . فأما إذا كانت عقارا أو غيره فلهنم إذا اقتسموا ثانيا ربما يقع نصيبه فيها يوافقه فيكون مفيدا ، والله أعلم .

(باب ما يبطل به الشفعة)

قال (وإذا ترك الشفع الإيهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته) لإعراضه عن الطلب وهذا لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة (وكذلك إن أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد

(باب ما يبطل به الشفعة)

لما كان بطلان الشيء يقتضى سابقة ثبوته ذكر ما يبطل به الشفعة بعد ذكر ما يثبت به الشفعة (قوله وإذا ترك الشفع الإيهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لإعراضه عن الطلب) فإن قيل : جعل ترك الإيهاد هاهنا مبطلا للشفعة وذكر قبل هذا في باب طلب الشفعة أن الإيهاد ليس بلازم ، وإنما هو لثبوت الشفعة ، وكذلك ذكر في الذخيرة وغيرها أن الإيهاد ليس بشرط ، وإنما ذكر أصحابنا الإيهاد عند هذا الطلب في الكتب بطريق الاحتياط . حتى لو أنكر المشتري هذا الطلب يتمكن الشفع من إثباته لأنه شرط لازم . ولما لم يكن الإيهاد شرطاً لازماً لم يكن تركه مبطلا للشفعة فواجه التوفيق بينهما ؟ قلنا : يَحْتَمَلُ أن يريد بهذا الإيهاد نفس طلب الموائمة ، ولكن لما كان طلب الموائمة لا ينفك عن الإيهاد في حق علم القاضي سمي هذا الطلب إيهاداً ، والدليل على هذا ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب الموائمة مثل ما ذكره من التعليل هاهنا . كذا في النهاية ومعراج الدراية . واكتفى تاج الشريعة وصاحب الكفاية بتفسير الإيهاد المذكور هاهنا بطلب الموائمة حيث قالوا : وإذا ترك الشفع الإيهاد : أى طلب الموائمة واستغنوا بهذا التفسير عن التعرض لتفصيل السؤال والجواب بالكلية . وفسره صاحب العناية أيضاً بما فسره به ولكن قال بعده : وإنما فسرنا بذلك لتلازم ما ذكر قبل هذا أن الإيهاد ليس بشرط . فإن ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله . ويعضده قول المصنف من قبل : والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة بطلب الموائمة ، وقوله هاهنا لإعراضه عن الطلب إلى هنا كلامه . أقول : فيه خلل ، لأن جعل قول المصنف هنا لإعراضه عن الطلب عاضداً : أى معينا لكون المراد بالإيهاد المذكور في الكتاب هاهنا نفس طلب الموائمة صحيح ، إذ لو كان الإيهاد هاهنا على معناه الظاهري لقال في تعليل بطلان الشفعة بتركه لإعراضه عن الإيهاد دون أن يقال لإعراضه عن الطلب . وهو الذي أشار إليه صاحب النهاية ومعراج الدراية بقولهما والدليل عليه ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب الموائمة

(باب ما يبطل به الشفعة)

تأخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج إلى بيان وجه . اعلم أن تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح وبعده يصح علم الشفع بوجوب الشفعة أو لم يعلم وعلم من أسقط إليه هذا الحق أو لم يعلم ، لأن تسليم الشفعة إسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد وإسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط ، والمسقط إليه كالاتفاق والعناق (قوله وإذا ترك الشفع الإيهاد حين علم) يعني طلب الموائمة بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته . وإنما فسرنا بذلك لتلازم ما ذكر قبل هذا أن الإيهاد ليس بشرط . فإن ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله . ويعضده قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة : أى طلب الموائمة . وقوله هاهنا لإعراضه عن الطلب ، وهذا يعني اشتراطه بالقدرة (لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة) فالإعراض يتحقق عند القدرة ، حتى لو سمع وهو في الصلاة فترك طلب الموائمة فهو على

(باب ما يبطل به الشفعة)

(قال المصنف : وإذا ترك الشفع الإيهاد حين علم بالبيع الخ) أقول : قوله حين علم إشارة إلى ما عليه عامة المشايخ من أن طلب الشفعة على القروغ غرض ما أشار إليه في باب طلب الشفعة فذكر (قوله يعني طلب الموائمة) أقول : يعني ترك نفس طلب الموائمة مطلقاً أشهد أولاً .

المتبايعين ولا عند العقار) وقد أوضحناه فيما تقدم . قال (وإن صالح من شفعتة على عوض بطلت شفعتة وردّ العوض) لأن حق الشفعة ليس بحق مقرر في المحل . بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ، ولا يتعلق إسقاطه بالجنائز من الشرط فبالفساد أولى فيبطل الشرط ويصح الإسقاط .

مثل ما ذكره من التعليل هاهنا . وأما جعل قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائمة عاضداً أيضاً لتلك فليس بصحيح ، إذ لا يذهب على ذي مسكة أن مراد المصنف هناك بقوله المذكور هو أن المراد بقوله في الكتاب على المطالبة طلب الموائمة لا طلب التقرير . وليس مراده أن المراد بقوله في الكتاب أشهد على طلب الموائمة ، إذ لو كان كذلك لكان معنى ما في الكتاب طلب في مجلسه ذلك على المطالبة وفساده من حيث اللفظ والمعنى غير خاف على أحد . والمقرر هاهنا بطلب الموائمة نفس الإشهاد فأين هنا من ذلك وكيف يتصور أن يكون أحدهما عاضداً للآخر (قوله وإن صالح من شفعتة على عوض بطلت الشفعة وردّ العوض . لأن حق الشفعة ليس بحق مقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه . ولا يتعلق إسقاطه بالجنائز من الشرط فبالفساد أولى فيبطل الشرط ويصح الإسقاط) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : وإن صالح من شفعتة على عوض بطلت الشفعة وردّ العوض . أما بطلان الشفعة فلا ينشأ من حق الشفعة ليس بحق مقرر في المحل لأنه مجرد حق التملك . وما ليس بحق مقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه . وأما ردّ العوض فلا ينشأ من حق الشفعة إسقاطاً لا يتعلق بالجنائز من الشرط : يعنى الشرط الملائم . وهو أن يعلق إسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال ، مثل قول الشفيع للمشتري سامتك شفعة هذه الدار إن أجزتني أو أعتزتها . فبالفساد وهو ما ذكر في المال أولى اه كلامه . أقول : هذا شرح سقيم غير مطابق للمشروح . لأنه وزع تعليل المصنف بقوله لأن حق الشفعة ليس بحق مقرر

شفعتة . وكذا إن طلب الموائمة وترك طلب التقرير والإشهاد على ما أوضحه فيما تقدم (وإن صالح من شفعتة على عوض بطلت الشفعة وردّ العوض) أما بطلان الشفعة فلا ينشأ من حق الشفعة ليس بحق مقرر في المحل لأنه مجرد حق التملك . وما ليس بحق مقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه . وأما ردّ العوض فلا ينشأ من حق الشفعة إسقاطاً لا يتعلق بالجنائز من الشرط : يعنى الشرط الملائم . وهو أن يعلق إسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري سامتك شفعة هذه الدار إن أجزتني أو أعتزتها (فبالفساد) وهو ما ذكر في المال (أولى) والفاصل بين الملائم وغيره أن ما كان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالإجارة والعارية والتولية ونحوها فهو ملائم ، لأن الأخذ بالشفعة يستلزمه ، وما لم يكن فيه ذلك كأخذ العوض فهو غير ملائم لأنه إصراف عن لازم الأخذ ، وإذا لم يتعلق بالشرط وقد وجد الإسقاط بطل الشرط وصحح الإسقاط . لا يقال : لم يثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به . لأننا نقول : ثبت بالدليل الأول فصح به الاستدلال . وقوله على عوض إشارة إلى أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة ، لأن ذلك على وجهين : أحدهما أن يعالجه على أخذ نصف الدار بنصف

(قوله فلا ينشأ من حق الشفعة ليس بحق مقرر) أقول : على هذا التقرير لا يوجد شرط لإنتاج الشكل الأول إلا أن تجعل الصفرة موجبة سالبة الموصول ، والأحسن أن يقرر حكماً حق الشفعة ليس بحق مقرر ، وكل حق يصح الصلح عنه حق مقرر حتى يكون من الشكل الثاني (قوله وأما ردّ العوض فلا ينشأ من حق الشفعة الخ) أقول : والمخ عني أن قوله لأن حق الشفعة دليل على ردّ العوض . وقوله ولا يتعلق إسقاط الخ على بطلان الشفعة على عكس ما قرره الشارع ، عليك بالتأمل وكن الحاكم الفعيل . ثم قوله إسقاطاً مبتداً ، وقوله لا يتعلق الخ خبره (قوله وهو أن تعلق إسقاطه بشرط ليس فيه الخ) أقول : لا يتحقق عليك أن الشرط المذكور في مثل قول الشفيع أسقطت شفعتي فيما اشتريت على أن تسقط شفعتك فيما اشتريت ملائم على ما ذكره من التفسير وغير ملائم على ما ذكره في بيان الفاصل فليتأمل (قال المصنف : فبالفساد أولى) أقول : وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال . فإن قلت : متى ثبت فساد . قلت : في الدليل الأول فيتأمل (قوله ونحوها فهو ملائم) أقول : كالزراعة والمعاملة (قوله لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط الخ) أقول : إذا كان المراد بالفساد عدم الملازمة لا يتبرج السؤال (قوله لأننا نقول : ثبت بالدليل الأول) أقول : دلالة الدليل الأول على فساد كلا الشرطين لا يثنى فقط تأمل (قوله إذا كان على بعض الدار صح) أقول : لأن بعض الشيء لا يكون عوضاً عنه .

في المحل الخ إلى قوله بطلت الشفعة وإلى قوله وردّ العوض ، فجعل قوله لأن حق الشفعة إلى قوله فلا يصح الاعتياض عنه دليلا على قوله بطلت الشفعة ، وجعل قوله ولا يتعلق إسقاطه الخ دليلا على قوله وردّ العوض بطريق اللّف والنشر المرتب . ولا يخفى على ذى فطرة سليمة متأمل في كلام المصنف بأدنى تأمل أن حق التوزيع على عكس ذلك ، وهذا مع كونه مما يدل عليه قطعا معنى المقام يرشد إليه جدا الضريعان المذكوران في ذيل الدليلين الحاصلين من التوزيع : أئضى قوله فلا يصح الاعتياض عنه في الأول وقوله فيبطل الشرط ويصح الإسقاط في الثاني تبصر . واعترض صاحب غاية البيان على قول المصنف ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فيالفساد أولى حيث قال : ولنا فيه نظر ، لأن إسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط ، ألا يرى إلى ما قال عمد في الجامع الكبير : لو قال الشفع سلمت شفعة هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره ، أو قال البائع سلمتها لك إن كنت يعتا لنفسك وقد باعها لغيره فهذا ليس بتسليم ، وذلك لأن الشفع علق التسليم بشرط ، وصح هذا التعليق لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد بالرد ، وما كان إسقاطا محضا صح تعليقه بالشرط وما صح تعليقه بالشرط لا يترك إلا بعد وجود الشرط فلا يترك التسليم اه . قال الشارح المعنى بعد نقل هذا النظر عن صاحب الغاية : قلت : استخرج هذا النظر الغير الوارد من قول الشيخ أبى المعين النسفى في شرح الجامع الكبير حيث قال فيه : فإن قيل : إذا لم يجب العوض يجب أن لا تبطل الشفعة أيضا ، لأنه إنما أبطل حقه بشرط سلامة العوض ، فإذا لم يسلم وجب أن لا تبطل كما في الكفالة إذا صالح الكفيل المكفول له على مال حتى يبرئه من الكفالة لما لم يجب العوض لم تثبت البراءة . قيل له بأن المال لا يصلح عوضا عن الشفعة فصار كالخمر والخنزير في باب الخلع والصلح عن دم العمد وثمة يقع الطلاق ويسقط القصاص إذا وجد القبول من المرأة والقاتل ولم يجب شيء . كذا هنا . وأما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك على ما ذكر محمد في كتاب الشفعة من الميسوط ، وكتاب الكفالة والحوالة من الميسوط في رواية أبى سايان لا يبرأ ، ويحتاج إلى الفرق ، والفرق أن حق الشفع قد سقط بعوض معنى فإن الثمن سلم له ، فإنه متى أخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن ففى سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض يلزاه التسليم فلا بد من القول بسقوط حقه في الشفعة فأما المكفول له فلم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض أصلا فلا يسقط حقه في الكفالة اه . ومن هذا الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور إلى هنا لفظ شرح المعنى . أقول : لا يذهب عليك أنه لا يحصل من الجواب المذكور في كلام الشيخ أبى المعين الجواب عن النظر المزبور ، بل لا محاسن له بذلك لأن ما وقع من السؤال والجواب في كلام الشيخ أبى المعين متعلق بأصل المسئلة ، والنظر المزبور متعلق بمقدمة الدليل وهى قوله ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فأحدهما بمنزل عن الآخر ، كيف لا وقد ذكر صاحب الغاية أولا كلام الشيخ أبى المعين بتمامه نقلا عنه حيث قال : وأورد الشيخ أبو المعين النسفى في شرح الجامع سوّالا وجوابا في هذا الموضع . قال : فإن قيل : إذا لم يجب العوض يجب أن لا تجب شفعتة أيضا إلى آخر كلامه . ثم أورد نظره المذكور في حاشية أخرى ، ولم يجب عنه فيبينها بون لا يخفى . ثم قال صاحب العناية : وقوله على عوض إشارة إلى أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لأن ذلك على وجهين : أحدهما أن يصلحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن ، وفيه الصلح جائز لفقد الإعراض ، والثاني أن يصلحه على أخذ بيت بعينه من الدار بخصته من الثمن ، والصلح فيه لا يجوز لأن حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الإعراض اه . أقول : فيه بحث ، أما أولا فلأننا لانسلم أن في قوله على عوض إشارة إلى أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة ، إذ لا يتصور إشارة قوله المذكور إلى ذلك إلا بطريق مفهوم المخالفة ، ولا شك أن مفهوم قوله على عوض بطريق المخالفة هو معنى بلا عوض ، وهو بيع بعض الدار وكل الدار وما ليس بدار ولا عوض أصلا ، إذ لا يصلح شيء . منها لأن يكون عوضا فيصير الصلح

الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الإعراض . والثاني أن يصلحه على أخذ بيت بعينه من الدار بخصته من الثمن ، والصلح فيه لا يجوز لأن

وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا ، بخلاف القصاص لأنه حق مقترر ، وبخلاف الطلاق والعناق لأنه اعتياض عن ملك في المحل . ونظيره إذا قال للمخيرة اختاريني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض ، والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية . وفي أخرى : لا تبطل الكفالة ولا يجب المال . وقيل هذه رواية في الشفعة ، وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه . قال (وإذا مات الشفيع بطلت شفعته) وقال الشافعي : تورث عنه . قال رضي الله عنه : معناه إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة . أما إذا مات

في جميع هذه الصور بلا عوض ، وأن مفهوم قوله في جواب المسئلة بطلت الشفعة ورد العوض يعم أيضا ما صح الشرط وبطلت الشفعة وما لم يصح الشرط ولم تبطل الشفعة وما صح الشرط والشفعة أيضا . فمن بين هذه الاحتمالات كيف يحصل الإشارة إلى خصوص أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة كما في الوجهين اللذين ذكرهما . نعم الحكم في الوجهين المذكورين كما قاله على ما صرح به في المبسوط وعامة المختبرات . لكن الكلام في عدم تمام إشارة عبارة الكتاب إليه كما ادعاهما صاحب الناية . وأما ثانيا فلأن تعليل جواز الصلح في الوجه الأول من الوجهين اللذين ذكرهما يفقد الإعراض مما لا يكاد يتم . لأن فقد الإعراض متحقق في الوجه الثاني منهما أيضا كما صرح به مع عدم جواز الصلح في محلها للحصة المشروطة في الصلح على مانع عليه . فالوجه في تعليل جواز الصلح في الوجه الأول أن يقال لكون الحصة معلومة تدبر (قوله وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا)

حصة مجهولة وله الشفعة لتفقد الإعراض . قوله (وكذا لو باع شفعته) يعني أنها تبطل (لما بينا) أن حق الشفعة ليس بحق مقترر في المحل حتى يصح الاعتياض عنه فكان إعراضا . فإن قيل : حتى الشفعة كحق القصاص والطلاق والعناق في كونها غير أموال والاعتياض عنها صحيح . أجاب بقوله بخلاف القصاص لأنه حق مقترر ، والقصاص بين المقترر وغيره أن ما يتغير بالصلح عما كان قبله فهو مقترر وغير مقترر . واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص ، فإن نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص ، وبالصلح حصل له العصمة في دمه فكان حقا مقتررا ، فأما في الشفعة فإن المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقا مقتررا . وبخلاف الطلاق والعناق لأنه اعتياض عن ملك في المحل . ونظيره إذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت المخيرة الزوج وامرأة العنين ترك الفسخ سقط الخيار ، ولا يثبت العوض لأنه مالك لبعضها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد فكان أخذ العوض أكل مال بالباطل وهو لا يجوز (والكفالة بالنفس في هذا) أي في بطلان الكفالة . والعوض (بمنزلة الشفعة) في رواية كتاب الشفعة والحالة والكفالة والصلح من رواية أبي حفص . وقيل وعليه الفتوى : ووجهه أن حق الكفيل في الطلب وهو فعل فلا يصح الاعتياض عنه (وفي رواية) كتاب الصلح من رواية أبي سليمان (لا تبطل الكفالة ولا يجب المال) والفرق بينها وبين الشفعة أن الكفالة لا تسقط إلا بتمام الرضا ولهذا لا تسقط بالسكوت ، وتمام الرضا إنما يتحقق إذا وجب المال . وأما حق الشفعة فليس كذلك لأنه يسقط بالسكوت بعد العلم به . وقيل هذه الرواية : أي رواية أبي سليمان في الكفالة تكون رواية في الشفعة أيضا حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال (وقيل هي) أي هذه الرواية المذكورة (في الكفالة خاصة) يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال وتبطل الشفعة بالصلح على مال (وقد عرف في موضعه) أي في المبسوط . قال (وإذا مات الشفيع بطلت شفعته الخ) إذا طلب الشفيع الشفعة وأثبتها بطلين ثم مات قبل الأخذ ، فلما أن يكون موته قبل القضاء بالشفعة أو تسليم

(قال المصنف : وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا) أقول : يعني آتفا وأنت تعلم أن ما بينه لابق بكم المسمى حامتا ، إذ لا إسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى (قوله فكان حقا مقتررا) أقول : يعني كان القصاص حقا مقتررا (قوله فأما في الشفعة فإن المشتري الخ) أقول : فيه بحث ، إذ حق الشفعة إنما يثبت للشفيع لا للمشتري ، وذلك تغيير بالصلح حيث سقط ولم يبق له قدرة التملك جبرا بمثل نمته . وبهارة أخرى إن الدار كانت مباحة التملك جبرا بمثل نمته ، وبالصلح خرجت عن كونها كذلك فليتملك فيه فنجوا فيه غير حق (قوله ووجهه أن حق الكفيل في الطلب الخ) أقول : ولعل الإضافة لأحد ملازمة . والمسمى حق الطالب على الكفيل (قوله ولهذا لا تسقط بالسكوت)

بعد قضاء القاضى قيل تعد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته . وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ، ولأنه بالمرت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع إلى وقت القضاء شرطا فلا يستوجب الشفعة بكونه (وإن مات المشتري لم تبطل) لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ، ولا يباع في دين المشتري ووصيته . ولو باعه القاضى أو الوصى أو أوصى المشتري فيها بوصية فلا شفيع أن يبطله . ويأخذ الدار لتقدم حقه بلنا ينقض تصرفه في حياته . قال (وإذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن ينقض له بالشفعة بطلت شفيعته) لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وإن لم يعلم بشراء المشفوعة كما إذا سلم سريحا أو إبراء عن الدين وهو لا يعلم به ، وهذا بخلاف ما إذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لأنه يمنع الزوال فبقى الاتصال . قال (ووكيل البائع إذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ، ووكيل المشتري إذا ابتاع فله

أشار به إلى قوله لأن حق الشفعة ليس بحق مقرر في الحال ، بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتراض عنه . كذا في الشروح . قال بعض الفضلاء : وأنت تعلم أن ما بينه لا يبنى بتمام المدعى هنا ، إذ لا إسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى اهـ . أقول : نعم لا إسقاط في البيع الحقيقي ، وأما ما نحن فيه وهو بيع الشفعة بمال فليس ببيع حقيقة يعرف ذلك مما بينه من قبل وهو قوله لأن حق الشفعة ليس بحق مقرر ، إلى قوله فلا يصح الاعتراض عنه ، فإنه إذا لم يصح الاعتراض عنه لم يكن

المشتري إليه أو بعد ذلك ، فإن كان الأول بطلت شفيعته وليس لورثته أن يأخذوها ، وإن كان الثاني فلهم ذلك . وقال الشافى : الأول كالثاني بناء على أصله أن الحقوق تنقل إلى الورثة سواء كانت مما يعرض عنها أو لم تكن ، لأن الوارث يقوم مقام المورث لكون حاجته كحاجته . قلنا : الشفعة بالملك وقد زال بالمرت ، والذي يثبت للوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لاتضاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه إلى وقت القضاء ، ولهذا لو أزاله باختياره بأن باع تسقط . وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط في أن الثابت للشفيع حق أن يملك والخيار بين الأخذ والترك ، وإن مات المشتري لم تبطل الشفعة لبقاء المستحق (ولا تباع الدار في دين المشتري ووصيته) أى لا يملك دين المشتري ووصيته على حق الشفع ، لأن حق الشفع مقدم على حق المشتري كما تقدم فكان مقدما على حق من يثبت حقه من جهة أيضا وهو الغريم والموصى له . فإن باعها القاضى أو وصيه في دين الميت فلا شفيع أن يقضيه كما لو باعها المشتري في حياته . لا يقال : بيع القاضى حكم منه فكيف ينتقض بأنه قضاء منه بخلاف الإجماع للإجماع على أن للشفيع حق نقض تصرف المشتري فلا يكون نافذا ، وإذا باع الشفيع ما يشفع فيه قبل القضاء بها . فلما أن يكون باتا أو بالخيار له ، فإن كان الأول بطلت شفيعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل التملك (ولهذا) أى ولأن زوال السبب يبطل (يزول به) أى بالبيع ، وإن لم يعلم الشفيع بشراء المشفوعة لأن العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الإسقاط ، كما إذا سلم سريحا أو إبراء عن الدين ولا يعلم أن له ديناً وطولب بالفقر فيها ، وبين ما إذا ساوم الشفيع المشفوعة من المشتري أو استأجرها منه ، فإن علم بالشراء سقطت وإلا فلا . وأجيب بأن المساومة والإجارة لم يوضعا للتسليم ، وإنما تسقط بها لدلالته على رضا الشفيع والرضا بكون العلم غير متحقق ، بخلاف التسليم الصريح والإبراء ، ورد بأن بيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرت أنه يبطلها وإن لم يعلم . وأجيب بأن بقاء ما يشفع به شرط إلى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فكان كال موضوع له في قوة الدلالة ، وإن كان الثاني لم تبطل شفيعته لأن الخيار يمنع الزوال فبقى الاتصال . قال (ووكيل البائع إذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له الخ) ذكر الأصل وهو أن من باع عقارا هو شفيعه كالوكيل بالبيع

أقول : أى يسكت الطالب (قال المصنف : ولأنه بالمرت يزول ملكه) أقول : عطف على المعنى كأنه قال لما مر في البيوع ولأنه قوله لأن العلم بالمسقط الخ) أقول : لعل المراد العلم بالمسقط لوصف كونه مسقطا (قوله وإن كان الثاني الخ) أقول : معلوف إلى ما تقدم بشأنه أسطر تحتها وهو قوله فإن كان الأول بطل شفيعته لزوال السبب (قوله وهو الشفيع) أقول : وهو راجع إلى قوله رجلا (قال المصنف : ووكيل المشتري إلى قوله : لا شفعة له) أقول : قال في غاية الوقاية : من باع عقارا وهو شفيعه كالوكيل بالبيع أو بيع له

الشفعة) والأصل أن من باع أو بيع لأشفعة له : ومن اشترى أو ابتاع له فله الشفعة . لأن الأول بأخذ المشفوعة يسمى في نقض ماتم من جهته وهو البيع ، والمشتري لا ينقض شراؤه بالأخذ بالشفعة لأنه مثل الشراء (وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفع فلا شفعة له) وكذلك إذا باع وشرط الخيار لغيره فأفصى المشروط له الخيار البيع وهو الشفع فلا شفعة له ، لأن البيع تم بإحضاره . بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري قال (وإذا بلغ الشفع أنها بيعت بألف درهم فلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بمنحطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة) لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن في الأول ولتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما يبيع به في الثاني إذا الجنس مختلف ، وكذا كل مكيل أو موزون أو عددي مقاربان ، بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألفا أو أكثر ، لأن الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنائير ، وإن بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له ، وكذا إذا كانت أكثر . وقال زفر : له الشفعة لاختلاف الجنس . ولنا أن الجنس متحد في حق الثنية .

بيعا حقيقيا لأنه من المعاملات المالية ولم يكن أيضا شيئا من المعاملات أصلا فلا جرم كان إسقاطا فتم به المطلوب هنا . وعن هذا قال في البسوط : لو باع شفعته بمال كان تسليما ، لأن البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يستعمل التعليل فيفسر كلامه عبارة عن الإسقاط عجزا كبيع الزوج زوجته من نفسها (هـ) قوله وإذا بلغ الشفع أنها بيعت بألف درهم فلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بمنحطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة) قال صاحب النهاية : تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد ، فإنه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا . لأن إطلاق ما ذكره في البسوط والإيضاح دليل عليه حيث قال في البسوط : وكذلك لو أخبر أن الثمن عبد أو ثوب ثم ظهر أنه كان مكيلا أو موزونا فهو على شفحته ولم يتعرض أن قيمة المكيل والموزون أقل من قيمته التي اشترى بها أو أكثر ، وكذلك تعليله دال عليه ، وكذلك ما ذكره في الإيضاح من الإطلاق والتعليل دال عليه ، وهكذا أيضا استدل في الأخيرة بما ذكره في البسوط وقال : فلو أخبر أن الثمن شيء .

أو بيع له كدرك المال إذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له . ومن اشترى لو كميل المشتري أو اشترى له كالكوميل بالشراء فله الشفعة لما ذكر في الكتاب . وهو أن الأول يسمى في نقض ماتم من جهته وهو البيع ، والثاني ليس كذلك لأن أخذه بالشفعة كالشراء في كونها رغبة في المشفوعة والشفعة إنما تبطل في الرغبة عنها (وكذلك) أي كوكميل البائع لو ضمن المشتري الدرك رجلا عن البائع وهو الشفع فلا شفعة له . لأن تمام البيع إنما كان من جهته حيث لم يرض المشتري إلا بضيانه فكان الأخذ بالشفعة سعيًا في نقض ماتم من جهته (وكذا إذا باع وشرط الخيار لغيره (ب)) وإذا بلغ الشفع أنها بيعت بألف فلم الشفعة ثم علم أنها بيعت بأقل منها أو بمنحطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وهو على شفحته . أما في الأول فلا لأنه إنما سلم استكثار الثمن المذكور ، فإذا ظهر أقل من ذلك بطل تسليمه . قال في النهاية : كأنه قال : سلمت إن كان الثمن ألفا أراد أنه تسليم مشروط بشرط فيتحقق بانقضاء شرطه . وفيه نظر سيئ . بخلاف ما إذا ظهر أكثر من الألف . فإن مستكثر الألف أكثر استكثارا للأكثر فكان التسليم صحيحا . وأما في الثاني فلا لأنه ربما سلم لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما يبيع به ، إذ الجنس مختلف . قال في النهاية : تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد . فإنه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالأولوية ، فإن التسليم إذا لم يصح فيها إذا ظهر الثمن أكثر من المسمى

كرب المال إذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له . ومن اشترى كوكميل المشتري أو اشترى له كالكوميل بالشراء فله الشفعة (ب) أه كلامه . معناه الموكل بالثراء إذا كان شفيعا للدار المشفوعة ، وإن كان الآخر الأدنى منه سقط به . وإن سواه تناصفا (قوله وتكلف لك كثيرا (ب)) أقول : هذا لا يفسد كلام صاحب النهاية ، فإنه لا كلام في إلهام هذا التقييد من أول الوهلة ما ذكره ، فأقول هو الإطلاق .

قال (وإذا قيل له إن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة) لتفاوت الجوار (ولو علم أن المشتري هو مع غيره فله أن يأخذ نصيب غيره) لأن التسليم لم يوجد في حقه (ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة) لأن التسليم لضرر الشركة ولا شركة ، وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه .

هو من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه كان مكيلا أو موزونا فهو على الشفعة ، هكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي . ثم قال : فعلى هذا القياس لو أخبر أن الثمن ألف درهم فإذا ظهر أنه مكيل أو موزون فهو على شفعته على كل حال إلى هنا لفظ النهاية . وقال صاحب العناية : قال في النهاية : تنبيهه بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد ، فإنه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالأولية ، فإن التسليم إذا لم يصح فيها إذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلأن لا يصح إذا ظهر أقل أولى اه . أقول : ما ذكره صاحب العناية لا يدفع ما قاله صاحب النهاية من كون التقييد الواقع في عبارة الكتاب بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد ، فإنه لما كان جواب المسئلة غير مختلف فيها إذا كان قيمتها ألفا أو أكثر أو أقل كان التقييد بكونها ألفا . أو أكثر غير مفيد قطعا ، فإن لم يكن خلا بناء على إيجابه في بادئ الرأي تقييد الحكم أيضا فلا أقل من كونه مستدركا ، وإن عد السلوك مسلك الدلالة بالأولية مع كونه أورا مبهما في هذا المقام كنى أن يقال قيمتها أكثر فإن التسليم إذا لم يصح فيها إذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلأن لا يصح فيها إذا ظهر أقل منه أو مساويا له أولى فلا يخلص من استدراك أحد التقيدين (قوله وإذا قيل له إن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) يعني لتفاوت الناس في الجوار ، فالرضا بجوار هذا لا يكون رضا بجوار ذلك كذا في الكافي . قال محمد رحمه الله عليه في الجامع الكبير : لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم ، وذلك لأن الشفيع علق التسليم بشرط . وصح هذا التعليق لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والتناق فصح تعليقه بالشرط ولا يترك إلا بعد وجوده اه . وقال صاحب العناية هاهنا بعد نقل ما قاله محمد في الجامع : وهذا كما ترى يناقض قول المصنف في تقديم ولا يتعلق إسقاطه بالجائر من الشرط في الفاسد أولى اه ولا يخفى أن كلام صاحب العناية هنا خلاصة النظر التي أوردته الشارح

فلأن لا يصح إذا ظهر أقل كان أولى ، وكذا كل مكيل أو موزون أو عددي مقارب لكونه في معنى المكيل ، بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر ، لأن الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير فصار كما لو قيل بيعت بألف فسلم ثم ظهر أكثر من ذلك ، ولو كانت قيمتها أقل من ذلك لم يصح التسليم ، وإن ظهر أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف أو أكثر فلا شفعة له . وقال زفر : له الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا حل التفاضل بينهما . ولنا أنها جنس واحد في حق المقصود وهو الثمنية ومبادلة أحداهما بالآخر متيسرة عادة (وإذا قيل للشفيع إن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم تبين أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) فالرضا بجوار شخص قد لا يكون رضا بجوار غيره . قال محمد رحمه الله في الجامع : لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم ، وذلك لأن الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق ، لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والتناق يصح تعليقه بالشرط فلا يترك الأبعد وجوده ، وهذا كما ترى يناقض قول المصنف رحمه الله في تقديم ، ولا يتعلق إسقاطه بالجائر من الشرط في الفاسد أولى . وقوله (في ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن أبي يوسف على عكس هذا ، لأنه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون النصف ، وقد تكون حاجته إلى النصف ليم به مرافق ملكه ولا يحتاج إلى الجميع .

(قوله وهذا كما ترى يناقض قول المصنف الخ) أقول : وأنت خير بأنه فرق ما بين شرط وشرط ، فاسبق كان من الشروط التي تدل على الإعراض عن الشفعة والرضا بالجواز مطلقا ، بخلاف ما ذكر هاهنا فإنه إذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الإعراض ، إذ لا قدرة له لأخذه ، وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمرو فليأتمل .

(فصل)

قال (وإذا باع داراً إلا بمقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفع فلا شفعة له) لانقطاع الجوار ، وهذه حيلة ، وكلنا إذا وهب منه هذا المقدار وسلمه إليه لما بينا . قال (وإذا ابتاع منها سهماً شمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الأول دون الثاني) لأن الشفع جار فيهما ، إلا أن المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه :

الإتقاني فيما تقدم على قول المصنف وتقلناه عنه ، وذكرنا ما يتعلق به من الكلمات هنالك ، وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال : وأنت خير بأنه فرق ما بين شرط وشرط ، فما سبق كان من الشروط التي تدل على الإعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقاً ، بخلاف ما ذكر هنا فإنه إذا لم يتيسر للشفع أداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الإعراض . إذ لا قدرة له على أخذه ، وكلنا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمرو فليتأمل اه كلامه . أقول : هذا ليس بسديد . لأن حاصله حمل الشرط المذكور في كلام المصنف فيما سبق على الشرط المخصوص وهو الشرط الذي يدل على الإعراض . وحل الشرط المذكور في كلام الإمام محمد في الجامع على الشرط المخصوص الآخر وهو الشرط الذي لا يدل على الإعراض . ولا يتبقى على القطن أن شيئاً من كلامهما لا يساعد ذلك أصلاً . أما كلام المصنف فلأنه قال : ولا يتعلق إسقاطه بالجائر من الشرط فبالفاسد أولى ، ولا شك أن أولوية عدم تعلق إسقاطه بالفاسد من عدم تعلق إسقاطه بالجائر من الشرط إنما تظهر إذا كان المراد بالشرط الجائر جنس الشرط الجائر لا الشرط الجائر المخصوص لجواز أن يكون لخصومه حالة ممانعة عن التعليق لم توجد تلك في الفاسد ، وأما كلام الإمام محمد فلأنه قال : لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والمتاق فصيح تعليقه بالشرط . ولا يخفى أن ما يتفرع على كون تسليم الشفعة إسقاطاً محضاً إنما هو صحة تعليقه بالشرط مطلقاً لا صحة تعليقه بشرط معين . سيما الشرط الذي لا يدل على الإعراض ، فإن كونه إسقاطاً يقتضي الإعراض دون عدم الإعراض . تأمل تقف .

(فصل)

لما كانت الشفعة تسقط في بعض الأحوال علم تلك الأحوال في هذا الفصل لاحتمال أن يكون الجار فاسقاً يتأذى به . وفي استعمال الحيلة لإسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج إلى بيانه . وكذا في العناية وغيرها . ولما كان يتجه على ظاهر هذا التوجيه أن البائع يخرج المبيع من يده وملكه بالمبيع فيحصل به الخلاص له من أذية مثل ذلك الجار الفاسق فما الاحتياج إلى استعمال الحيلة لإسقاط شفعته ؟ تدارك دفع ذلك بعض الفضلاء حيث قال : قول صاحب العناية يتأذى به في قوله لاحتمال أن يكون الجار فاسقاً يتأذى به بأن قال في استيفاء الثمن . وقال : ويجوز أن يقال ذلك فيما إذا كان البائع دار أخرى وراء داره المبيعة فتدبراه . أقول : أظهر عندي أن يقال المقصود من إسقاط شفعة مثل ذلك الجار الفاسق الذي يتأذى به دفع تأذى الجيران الملاحقين بالدار المبيعة دون دار ذلك الجار الفاسق . لادفع مجرد تأذى نفس البائع . ولا يذهب عليك أن هذه

(فصل)

لما كانت الشفعة تسقط في بعض الأحوال علم تلك الأحوال في هذا الفصل لاحتمال أن يكون الجار فاسقاً يتأذى به . وفي استعمال الحيلة لإسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج إلى بيانه ، وكلامه واضح . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لانقطاع الجوار . وقوله (إلا أن المشتري في الثاني شريك) لأنه حين اشترى الباقي كان شريكاً بشراء الجزء الأول ،

(فصل : وإذا باع داراً)

(قوله لاحتمال أن يكون الجار فاسقاً يتأذى به) أقول : في استيفاء الثمن ، ويجوز أن يقال ذلك فيما إذا كان البائع دار أخرى وراء

فإن أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن إلا درهما مثلاً والباقي الباقي ، وإن ابتاعها بثمن ثم دفع إليه ثوباً عوضاً عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لأنه عقد آخر ، والثمن هو العوض عن الدار . قال رضى الله عنه : وهذه حيلة أخرى تتم الجوار والشركة فيباع بأضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته ، إلا أنه لو استحققت المشفوعة يبقى كل الثمن على المشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به . والأوجه أن يباع بالدرهم الثمن دينار حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لاغير . قال (ولا تكره الحيلة

النافذة مما تتحقق في كثير من الصور ، بخلاف ما ذكره ذلك البعض فتدبر) قوله والأوجه أن يباع بالدرهم الثمن دينار حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لاغير) قال صاحب النهاية : وبين ذلك ما ذكره في شفعة فتاوى قاضيهان فقال : ومن الحيلة أنه إذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بمشرين ألفاً ثم يقبض تسعة آلاف وخسبائة ويقبض بالباقي عشرة دنانير أو أقل أو أكثر ، فلو أراد الشفع أن يأخذها يأخذها بمشرين ألفاً فلا يرغب في الشفعة ، ولو استحق الدار على المشتري لا يرجع المشتري بمشرين ألفاً . وإنما يرجع بما أعطاه لأنه إذا استحققت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادقاً أنه لم يكن عليه دين فإنه يبطل الصرف . اهـ . وافقني أثره صاحب العناية في بيان معنى كلام المصنف هذا بذلك المعنى المذكور في فتاوى قاضيهان ، إلا أنه لم يتعرض لكون ذلك مذكوراً فيها بل جعله شرحاً محضاً لكلام المصنف حيث قال : وقوله والأوجه الخ تقريره إذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم إلى آخر ما ذكر في النهاية معزياً إلى فتاوى قاضيهان . أقول : لا يذهب على ذي فطنة أن معنى كلام المصنف هذا ليس عين ما ذكر في فتاوى قاضيهان . وفي الشرحين الزبورين : فإن معنى كلامه أن يباع بكل الدرهم التي هي الثمن دينار ، ومعنى ما ذكر فيها أن يقبض بعض ثمنها ويبيع بالباقي دنانير ، وعن هذا قال المصنف فيها إذا استحق المشفوع فيجب رد الدينار لاغير . وقالوا ثم لا يرجع المشتري بمشرين ألفاً ، وإنما يرجع بما أعطاه . نعم كلا العيين مشتركان في أن يعما الجوار والشركة وأن لا يتضرر بائع الدار فيها لعدم لزوم رجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن عند ظهور من يستحق الدار في شيء منهما فصار أحدهما نظير الآخر في الحيلة لا عينه ، فلا يصلح أحدهما لأن يكون بياناً وشرحاً للآخر كما لا يخفى (قوله ولا تكره الحيلة

واستحقاق الشفع الجزء الأول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه بعد فيتقدم على الجار . وقوله (فإن أراد الحيلة) هذه حيلة ترجع إلى تقليل رغبة الشفع في الشفعة . والأولى ترجع إلى إبطال حق الشفعة . وقوله (إلا إذا استحققت المشفوعة) استثناء من قوله وهذه أخرى : يعنى أنها حيلة عامة ، إلا أن فيها وهم وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار لأنه يبقى كل الثمن على مشتري الثوب وهو بائع الدار فيتضرر به : أى برجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو أضعاف قيمة الدار . وقوله (والأوجه الخ) تقريره إذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بمشرين ألفاً فلا يرغب في الشفعة . ولو استحققت الدار على المشتري لا يرجع المشتري بمشرين ألفاً وإنما يرجع بما أعطاه ، لأنه إذا استحققت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف ، كما لو باع الدينار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادقاً أنه لم يكن عليه دين فإنه يبطل الصرف . وقوله (ولا تكره الحيلة) اعلم أن الحيلة في هذا الباب إما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه . فالأول مثل أن يقول المشتري للشفيع أنا أوليا لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة ، وهو مكروه

الدار المبيعة فتدبر (قوله واستحقاق الشفع الجزء الأول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه) أقول : قوله قبل متعلق بقوله شفعة ، والضمير في لكونه راجع إلى الجزء الأول ، والضمير في قوله ملكه راجع إلى المشتري (قوله تقريره إذا أراد أن يبيع الدار الخ) أقول : أنت غير بأن ما ذكره ليس تقريراً لما في الكتاب ، بل ذلك التقرير حيلة أخرى تتم الجوار والشريك على ما ذكره الإمام الزيلعي ، وتقدير ما في الكتاب أن كل يدفع إليه بدل الدرهم الثمن الدنانير بقدر قيمة المقار فيكون صرفاً بما في ذمت من الدرهم ، ثم إذا استحق المقار تبين أن لا دين على المشتري فيبطل الصرف للاعتراض قبل القبض فيجب رد الدنانير لاغير فليتأمل .

في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف وتكره عند محمد (لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر ، ولو أجبنا الحيلة مادفعناه .
ولأن ي يوسف أنه منع عن إثبات الحق فلا يعد ضرراً ، وعلى هذا الخلاف الحيلة في إسقاط الزكاة .

(مسائل متفرقة)

قال (وإذا اشترى خمسة نفر داراً من رجل فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم ، وإن اشترى رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها) والفرق أن في الوجه الثاني يأخذ البعض تنفرد الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر ، وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تنفرد الصفقة . ولا فرق في هذا بين ما إذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح ، إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا قد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المشتريين . بخلاف ما بعد القبض لأنه سقطت يد البائع . وسواء سمي لكل بعض ثمناً أو كان الثمن حيلة . لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن ، وهاتان تغريبات ذكرناهما

في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف رحمه الله وتكره عند محمد رحمه الله قال في العناية أخذنا من النهاية ومراجع الدراية : اعلم أن الحيلة في هذا الباب إما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه ، فالأول مثل أن يقول المشتري للشفيع أنا أوليا للشغلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالإجماع . والثاني يختلف فيه . قال بعض المشايخ : غير مكروه عند أبي يوسف مكروه عند محمد وهو الذي ذكر في الكتاب ، وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة . ومنهم من قال : لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف ، وإنما الخلاف في فصل الزكاة انتهى . أقول : في هذا التقرير شيء . وهو أنه

بالإجماع . والثاني يختلف فيه . قال بعض المشايخ : غير مكروه عند أبي يوسف مكروه عند محمد رحمه الله . وهو الذي ذكر في الكتاب ، وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة . ومنهم من قال : لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف ، وإنما الخلاف في فصل الزكاة .

(مسائل متفرقة)

ذكر مسائل متفرقة في آخر الكتاب كما هو المهود في ذلك ، ولم يذكر محمد في الجامع الصغير من مسائل الشفعة إلا هذه ، وألفاظه ظاهرة سوى ما تنبه عليه (قوله فيتضرر به) أي بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر هي زيادة ضرر التشقيص . فإن أخذ الملك منه ضرر وضرر التشقيص زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضرراً زائلاً . وقوله (ولا فرق في هذا) أي في جواز أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين بينهما إذا كان قبل قبض المشتري الدار ويعلم . وقوله (هو الصحيح) احتراز عما رواه القنوري . قال : روى عنه أن المشتري إذا كان اثنين لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض ، لأن التملك يقع على البائع فتتفرق عليه الصفقة . وله أن يأخذ نصيب أحدهما بعد القبض لأن التملك حينئذ يقع على المشتري وقد أخذ منه جميع ملكه . وقوله (بمنزلة أحد المشتريين) يعني أن أحد المشتريين إذا تقدموا عليه من الثمن ليس له أن يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن لتلازم تفريق اليد على البائع . وقوله (لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن) حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما إذا كان المشتري واحداً والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما . وإن لحق المشتري ضرر عيب الشركة لأنه رضى بهذا

(مسائل متفرقة)

(قوله يتضرر به الدخيل ضرراً زائلاً) أقول : يعني على الأخذ (قوله تنفرد الصفقة الخ) أقول : وجوابه أن يحبس الجميع

في كفاية المنهي . قال (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقامه البائع أخذ الشفع النصف الذي صار للمشتري أو يدع) لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الحبة ، والشفع لا ينقض القبض وإن كان له نفع فيه يعود العهدة على البائع ، فكلا لا ينقض ما هو من تمامه ، بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفع نقضه . لأن العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفع كما ينقض بيعه وهبته . ثم إطلاق الجواب في الكتاب يدل على أن الشفع بأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان وهو المروي عن أبي يوسف ، لأن المشتري لا يملك إبطال حقه بالقسمة . وعن أبي حنيفة أنه إنما يأخذنه إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لأنه لا يبيع جاراً فيما يقع في الجانب الآخر . قال (ومن باع دار وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة . وكذا إذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة) لأن الأخذ بالشفعة بملك البائع فيزيل منزله الشراء . وهذا لأنه مفيد لأنه يتصرف للفرءاء . بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين لأنه يبيعه لمولاه ، ولا شفعة لمن يبيع له . قال (وتسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير جائز

إما أن يراد بالإجماع والاختلاف في قوله وهو مكروه بالإجماع ، والثاني يختلف فيه إجماع المجتهدين واختلافهم في نفس المسئلة أو إجماع المشايخ واختلافهم في الرواية . وأما ما كان لا يخلو التقرير المذكور عن اضطراب . أما على الأول فلأن القطع يكون الثاني مختلفاً فيه لا يكون تاماً حينئذ . لأن اختلاف الاجتهاد في الثاني إنما كان على قول بعض المشايخ من الرواة . وأما على قول بعضهم فلا خلاف بين المجتهدين في عدم كراهة الحيلة في هذا الفصل وإنما الخلاف بينهم في فصل الزكاة كما ذكره . وأما على الثاني كما هو المنجذر من قوله قال بعض المشايخ غير مكروه الخ ، فلأن القطع يكون الأول مكروهاً لا يصح حينئذ لأن خمس الأئمة السرخسي روى عدم كراهة الاحتيال في باب الشفعة على كل حال حيث قال في باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعد ما ذكر وجوه الحيل والاستعمال بهذه الحيل لإبطال حق الشفعة : لا بأس به ، أما قبل وجوب الشفعة فلا إشكال فيه ، وكذلك

الغيب حيث اشترى كذلك . وأما بيان تفريق الصفقة واتحادها فقد تقدم في كتاب البيوع (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقامه البائع أخذ الشفع النصف الذي صار للمشتري أو ترك) وليس أن ينقض القسمة بأن يقول للمشتري ادفع إلى البائع حتى أخذ منه سواء كانت القسمة بحكم أو بغيره (لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض في الحبة بالقسمة . والشفع لا ينقض القبض) ليعيد الدار إلى البائع (وإن كان له فيه نفع يعود العهدة إلى البائع فكلا لا ينقض ما هو من تمامه ، بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع نصيبه) فإن للشفع نقضه (لأن العقد ما وقع مع الذي قاسم) فإنه لم يمر بين المتعاقدين (ولم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع . بل هو تصرف بحكم الملك) فكان مبادلة ، وللشفع أن ينقض المبادلة كالبيع وغيرها من التصرفات كالمبة (وإطلاق الجواب في الكتاب) أي في الجامع الصغير وهو قوله أخذ الشفع النصف الذي صار للمشتري (يدل على أن الشفع بأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان ، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله) والباقي ظاهر . قال (وتسليم الأب والوصي الشفعة) قد ذكرنا أن الحمل والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهم في سببه ، فيقوم بالطلب والأخذ من يقوم مقامه شرعاً في استيفاء حقوقه وهو الأب ثم وصيه ثم جده أبو أبيه ثم وصيه ثم الوصي الذي نصبه القاضي ، فإن لم يكن

إلى أن يستوفى جميع الحق فلا يؤدى إلى تفريق إليه عليه (قوله فإنه لم يمر بين المتعاقدين) أقول : أي المتعاقبين (قوله قد ذكرنا أن الحمل الخ) أقول : لم يذكر الحمل فيما تقدم : يعني في باب ما يجب فيه الشفعة

عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد وزفر رحمهما الله : هو على شفعته إذا بلغ) قالوا : وعلى هذا الخلاف إذا باعهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلب الشفعة ، وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح . لمحمود زفر أنه حق ثابت للصغير فلا يمكن إبطاله كدبته وقوده . ولأنه شرع لدفع الضرر فكان إبطاله إضرارا به . ولما أنه في معنى التجارة فيملكان تركه ، ألا ترى أن من أوجب بيعا للصبي صح رده من الأب والوصي ، ولأنه دائر بين النفع والضرر . وقد يكون النظر في تركه ليقبى الثمن على ماكد والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كإبطالهما لكونه دليل الإعراض . وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها . فإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه . قيل جاز التسليم بالإجاع لأنه تمحض نظرا . وقيل لا يصح بالاتفاق لأنه لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم كالأجنبي ، وإن بيعت بأقل من قيمتها بمحابة كثيرة ، فمن أبي حنيفة أنه لا يصح التسليم منهما أيضا ولا رواية عن أبي يوسف . والله أعلم .

بعد الوجوب إذا لم يكن قصد المشتري الإضرار به وإنما قصده الدفع عن ملك نفسه . ثم قال : وقيل هذا قول أبي يوسف وأما عند محمد فيكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لإسقاط الاستبراء وللمنع من وجوب الزكاة انتهى . قال الإمام قاضيخان في فتاواه . ذكر محمد رحمه الله عليه في الأصل : الحيلة في إسقاط الشفعة . ولم يذكر الكراهة . قالوا : على قول أبي يوسف لا تركه ، وعلى قول محمد تكن وهذا بمنزلة الحيلة لمنع وجوب الزكاة ومنع الاستبراء على قول أبي يوسف لا تركه . وقال بعض المشايخ : تركه الحيلة لإسقاط الشفعة بعد الوجوب لأنه احتيال لإبطال حق واجب ، وقبل الوجوب إن كان الحار فاسقا يتأذى منه فلا بأس به . وقال الشيخ الإمام خمس الأئمة السرخسي : لا بأس بالاحتيال لإبطال حق الشفعة على كل حال . أما قبل وجوب الشفعة

أحد هؤلاء فهو على شفعته إذا أدرك فإن ترك هؤلاء الطلب بعد الإمكان أو سلم بعد الطلب سقطت (عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله) وقال محمد وزفر رحمهما الله : هو على شفعته إذا بلغ . قال المشايخ (وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة) لكن عند أبي حنيفة رحمه الله إذا كان في مجلس القاضي لأن الوكيل بطلبها قائم مقام الموكل في الخصومة ومجلس القاضي ، وعند أبي يوسف رحمه الله فيه وفي غيره لكونه نائباً عن الموكل مطلقا . وعند محمد وزفر رحمهما الله : لا يصح منه التسليم أصلا . وقوله (وهو الصحيح) احتراز عما روى أن محمداً مع أبي حنيفة في جواز تسليم الوكيل الشفعة خلافاً لأبي يوسف (محمد وزفر رحمهما الله أنه حق ثابت للصغير فلا يمكن إبطاله كدبته) وفي بعض النسخ كدبته بالنون ، والأول يناسب ماقرن به وهو قوله (وقوده) والثاني يناسب رواية المبسوط . لأنه قال : كالإبراء عن الديون والقو عن القصاص الواجب له (ولأنه شرع لدفع الضرر) وفي إبطاله إضرار به . ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه في معنى التجارة لأنه يملك العين فيملكانه . يوضحه أنه لو أخضعها الولي بالشفعة ثم باعها من بائنه جاز . فكذلك إذا سلمها إليه بل أولى لسلامته عن توجه الهبة ، بخلاف البيع منه ، ووضحه بقوله (ألا ترى) وهو واضح . وقوله (ولأنه دائر) دليل آخر يتضمن الجواب عن الدية والقود ، لأن النظر في هذا قد يكون في تركه ليقبى الثمن على ملكه . بخلاف الدية والقود فإن تركهما ترك بلا عوض فيكون إضرارا به . وقوله (وسكوتهما كإبطالهما) لما كان ما ذكر من الدليل مخصصا بالتسليم أو دعه بقوله وسكوتهما كإبطالهما (لكونه دليل الإعراض وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها) أو العين اليسير من المثل (فإن بيعت بأكثر من قيمتها) بنين فاحش (قيل جاز التسليم بالإجاع) يعني من غير خلاف محمد وزفر لأنه تمحض نظرا . وقيل لا يصح بالاتفاق (وهو الأصح) لأنه لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم (كالأجنبي) فيكون الصبي على حقه إذا بلغ (وإن بيعت بأقل من قيمتها بمحابة كثيرة . فمن أبي حنيفة لا يصح التسليم) منهما . وإذا لم يصح عنده لا يصح عند محمد وزفر أيضا لأنها لم يريا تسليمها

(قوله وقال محمد وزفر رحمهما الله) أقول : خالف الشارح هنا ترتيب المذروح (قوله قائم مقام الموكل في الخصومة ومجلس القاضي) أقول : يعني في محل الخصومة الع .

(كتاب القسمة)

القسمة في الأعيان المشتركة مشروعة، لأن النبي عليه الصلاة والسلام باسرها في المغنم والموارث، وجرى

فلا شك : كما لو ترك اكتساب المال لمنع وجوب الزكاة ، وبعد وجوب الشفعة لا يكره الاحتياال أيضا لأنه احتياال لدفع الضرر عن نفسه لا لإضرار بالغير . فظاهر ما ذكر في الكتاب دليل على هذا ، إلى هنا لنظ فتاوى قاضيخان .

(كتاب القسمة)

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث إن كلا منهما من نتائج التصيب الشائع لما أن أقوى أسباب الشفعة الشركة ، فأحد الشريكين إذا أراد الانفراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقاءه باع فوجب عنده الشفعة. هذا زبدة ما في عامة الشروح . وقال في النهاية ومراجع الدراية بعد ذلك : أو لأن القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها رجوعا إلى قوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فيما لم يقسم » فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » والتي يقتضي سبق الثبوت فكانت بين الشفعة والقسمة مناسبة المضادة : والمتضادان يترقان أبدا مع تقدم المثبت على المنفي كما في الأمر والنهي والنكاح والطلاق انتهى . أقول : فيه بحث ، لأن كون القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها رجوعا إلى قوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فيما لم يقسم » فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » إنما يقتضي على أصل الشافعي ، فإنه لم يجوز الشفعة بالحوار ، واستدل عليه بالحديث المذكور . وأما على أصل أئمتنا فلا ، لأنهم جوزوا الشفعة بالحوار أيضا واستدلوا عليه بأحاديث أخر . وأجابوا عن استدلاله

إذا بيعت بمثل الثمن . فلأن لا يربا إذا بيعت بأقل بمحاباة كثيرة أولى ، وإنما خص قول أبي حنيفة رحمه الله بالذكر لأن الحياة الكثرة لا تخرجها عن كونها بمعنى التجارة ولها ولاية الامتناع عن الاتجار في مال الصغير . ولكن قال : لا يصح التسليم في هذا لأن تصرفهما في ماله إنما يكون بالنهي أحسن ، وليس تركها هاهنا كذلك ، ولهذا المعنى أيضا خص قول أبي يوسف بقوله (ولا رواية عن أبي يوسف) لأنه كان مع أبي حنيفة في صحة التسليم فيما إذا بيعت بمثل قيمتها ، والله أعلم بالصواب .

(كتاب القسمة)

أورد القسمة عقيب الشفعة لأن كلا منهما من نتائج التصيب الشائع ، فإن أحد الشريكين إذا أراد الانفراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ، ومع عدمه باع ووجب عنده الشفعة . وقدم الشفعة لأن بقاء ما كان على ما كان أصل . وهي في اللغة : اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء . وفي الشريعة : جمع التصيب الشائع في مكان معين . وسببها طلب أحد الشركاء الانتفاع بتصيبه على الخلوص . وركبتها ما يحصل به الإفراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والفرع في الممروعات والعد في المعدودات . وشرطها أن لا تخوت متعنة بالقسمة : ولهذا لا يقسم الخائط والحمام ونحوهما ، وهي مشروعة في الأعيان المشتركة لأن النبي عليه الصلاة والسلام باسرها في المغنم والموارث وغير ذلك ، وجرى التوارث بها من غير تكثير . ثم هي

(كتاب القسمة)

(قوله وقدم الشفعة الخ) أقول : أو يقال قدم الشفعة لمعومها الشركة والحوار ، بخلاف القسمة (قوله لأن بقاء ما كان على ما كان أصل) أقول : يعني الشركة ، وأنت خير بأن في القسمة أيضا بقاء الملك .

التوارث بها من غير نكير . ثم هي لاتعزى عن معنى المبادلة ، لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقى من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وإفرازا . والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت ، حتى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه . ولو اشترياه فاقسماه يبيع أحدهما نصيبه مربعة بنصف الثمن ، ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر . ولو اشترياه فاقسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مربعة بعد القسمة .

بالحديث المذكور بأن آخر الحديث وهو قوله « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » ليس ثابت . ولئن ثبت فمماه تقي الشفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق . فإن القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كان الموضع موضع أن يشكل أنه هل يستحق بها الشفعة كالبيع ؟ فينبى عليه الصلاة والسلام عدم ثبوت الشفعة بها ، وقد مر الجواب بهذا التفصيل عن استدلال الشافعي بالحديث المذكور في أوائل كتاب الشفعة في عامة الشروح حتى النهاية ومعراج الدراية ، فإما معنى بناء وجه المناسبة هاهنا على ما هو المزيف هناك . ثم إن القول بأن الثمن يقتضى سبق الثبوت يثنى ما تقرر في المعقولات من أن السلب لا يقتضى وجود الموضوع ، وأن القول بأن المتضادين يفرقان أبدا مع تقدم المثلث على المتن ممنوع ؛ ألا ترى إلى قوله تعالى - وجعل الظلمات والنور - وقوله تعالى - خلق الموت والحياة - ونحو ذلك كيف تقدم المثلث هناك على المثلث . قال صاحب العناية : وقدم الشفعة لأن بقاء ما كان على ما كان أصل انتهى . أقول : فيه نظر ، وهو أنه كما أن في الشفعة بقاء ما كان على ما كان حيث يبق فيها الشيوع على حاله وإن زال ملك أحد الشريكين كذلك في القسمة بقاء ما كان على ما كان حيث يبق فيها ملك أحد الشريكين في البعض على حاله وإن زال الشيوع ، بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكرنا في وجه مناسبة القسمة بالشفعة من أن أحد الشريكين إذا أراد الإفراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقاءه باع فوجب عنده الشفعة . فكون بقاء ما كان على ما كان أصلا لا يرجح تقديم الشفعة كما لا ينبغي . ثم إن القسمة في اللغة : اسم للاقسام كالقفلة للاقتداء والأسوة للاتساء . وفي الشريعة : جمع التصيب الشائع في مكان معين . وسبب طلب أحد الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخلو . وركب الفعل الذى يحصل به الإفراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المروعات والعد في المعدوات . وشرطها أن لاتقوت المنفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام وما أشبه ذلك (قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ، ولو اشترياه فاقسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مربعة بعد القسمة) وتحقيقه أن ما يأخذه كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه يبقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما ، كذا

لاتعزى عن معنى المبادلة سواء كانت في ذوات الأمثال أو في غير ذوات الأمثال ، لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له وبعضه لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقى من حقه في نصيب صاحبه . فلي هذا كانت القسمة مبادلة وإفرازا . والمعنى من الإفراز هو أن يبقضه بعين حقه ، والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات . فكان كل ما أخذ أحدهما من نصيبه مثل ما ترك عليه يبقين فأخذ مثل الحق يبقين بمنزلة أخذ العين ؛ ألا ترى أن أخذ المثل في القرض جعل كأخذ العين فجعل القرض بذلك بمنزلة العارية فكان الإفراز فيها أظهر لاحالة ، ولهذا كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه . ولو اشترياه واقسماه جاز لأحدهما أن يبيع نصيبه مربعة بنصف الثمن . ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر . ولو اشترياه فاقسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مربعة بعد القسمة . وتحقيقه أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه يبقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما ، ولما استشعر أن يقال : لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما أجبر الآتي على القسمة في ذلك . أجاب بقوله : إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد ، ولانفاة بين الجبر والمبادلة لأنها ما يجرى فيه الجبر ، كما في قضاء الدين فإن المدين يجبر على القضاء مع أن الدين تقضى بأشغالها فصار مايؤدى بدلا عما في ذمته ،

في العناية . أقول : هنا إشكال ، وهو أنه قد علم مما ذكر آنفا في الكتاب والشروح أن القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة والإفراز في جميع الصور . سواء كانت في ذوات الأمتثال أو في غير ذوات الأمتثال ، لأنه ما من جزء معين إلا وهو مشتمل على النصيبين لما يأخذه كل واحد منهما بعضه كان ملكه لم يستغنى من صاحبه وبعضه الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما بقى من حقه في يد صاحبه . فكانت القسمة في كل صورة بالنظر إلى البعض الذي كان ملكه إفرازاً ، وبالنظر إلى البعض الآخر مبادلة . وإذا كان الأمر كذلك فكأن معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الأمتثال كالحلويات والعروض غير واضح . إذ غاية الأمر أن البعض الذي يأخذه كل واحد منهما عوضا عما بقى من حقه في يد صاحبه ليس يمثل بيقين لما ترك على صاحبه من حقه في غير ذوات الأمتثال فلم يكن أخذ ذلك بمنزلة أخذ عين حقه حكما فلم يتحقق معنى الإفراز فيه بالنظر إلى ذلك البعض . ولا يلزم منه أن لا يتحقق الإفراز فيه بالنظر إلى البعض الذي هو عين حقه في الحقيقة ، إذ لاشك أن أخذه هذا البعض إفراز لا يتصور فيه مبادلة . فقد تحقق في غير ذوات الأمتثال بالنظر إلى ما يأخذه كل واحد منهما من عين حقه إفراز بدون المبادلة . وبالنظر إلى ما يأخذه من نصيب صاحبه مبادلة بدون الإفراز فكان معنيا الإفراز والمبادلة فيه متساويين ، فمن أين ثبت ظهور معنى المبادلة فيه كما ادعوه قاطبة ، بخلاف ما قالوا في ذوات الأمتثال كالمكيلات والموزونات من ظهور معنى الإفراز فيها فإنه واضح . لأن أخذ كل واحد منهما فيها ما هو عين حقه من نصيبه إفراز بلا شبهة . وأخذ كل واحد منهما فيها ما هو نصيب صاحبه بمنزلة أخذ عين حقه لكون نصيب صاحبه فيها مثل حقه ييقين . وأخذ المثل ييقين يجعل كأخذ العين حكما كما في القرض فتحقق فيها معنى الإفراز . بالنظر إلى البعض الآخر أيضا فكان هو الظاهر فيها . والحاصل أنهم لو قالوا : معنى الإفراز ظاهر في ذوات الأمتثال وغير ظاهر في غير ذوات الأمتثال بل معنيا الإفراز والمبادلة سيان فيه لكان الأمر هينا . ولما قالوا : معنى المبادلة ظاهر في غير ذوات الأمتثال أشكل ذلك كما ترى . وذكر صاحب النهاية وجه أبسط مما ذكر في العناية لظهور معنى المبادلة في غير ذوات الأمتثال ناقلا عن المفتي حيث قال : ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الأمتثال كلها ، وبه صرح في المفتي وغيره فقال في المفتي : وأما القسمة في غير ذوات الأمتثال فتشبه المبادلة فيها راجع لأنها إفراز حكما من وجه ، ومن حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه . أما الحقيقة فظاهر ، وأما الحكم فلأن نصف ما يأخذه كل واحد منهما مثل لما ترك على صاحبه باعتبار القيمة . وأخذ المثل كأخذ العين حكما فكان إفرازاً ، إلا أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس يمثل لما ترك على صاحبه ييقين . لأن المقسوم ليس من ذوات الأمتثال ، وفيها ليس من ذوات الأمتثال لاتتبع المعادلة ييقين ، فالإفراز مع المبادلة استويا في الحكم ثم ترجعت المبادلة بالحقيقة ، إلى هنا كلامه . أقول : لا ينهض عليك أن الإشكال الذي ذكرناه يتجه عليه مع زيادة لأنه إنما يدل على تحقق رجحان معنى المبادلة فيها يأخذه كل واحد منهما من نصيب صاحبه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه لاهل تحقق رجحان ذلك في المقسوم كله ، كيف وما يأخذه كل واحد منهما من نصيب نفسه لا يوجد فيه إلا إفراز محض . لأن معنى الإفراز أن يقبض عين حقه وأخذ كل واحد منهما نصيب نفسه قبض لعين حقه لا غير والمذهب رجحان المبادلة في القسمة الشاملة لجميع أجزاء المقسوم في غير ذوات الأمتثال ، وهو غير لازم من الوجه المذكور . بل فيه دلالة على رجحان معنى الإفراز في ذلك ، إذ لاشك أن أخذ كل واحد منهما عين حقه من نصيب نفسه إفراز محض . وإذا كان أخذ كل واحد منهما نصيب صاحبه أخذاً مثل ما ترك على صاحبه من حق نفسه باعتبار القيمة ، وكان أخذ ذلك

وهذا جبر في المبادلة قصداً وقد جاز فلأن يجوز بلا قصد إليه أولى ، وهذا لأن أحدهم يطلب القسمة يسأل القاضي أن ينحصر بالانضاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانضاع بملكه فيجب على القاضي إيجابته ، فكان القصد إلى الانضاع بنصيبه على الخلوص دون الإيجاب على غيره . وإن كانت من أجناس مختلفة كالإبل والبقرة والغنم لا يغير القاضي الآتي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد . ولو تراضوا على ذلك جاز لأن القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والراضى في التجارة

إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد . والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كما في قضاء الدين . وهذا لأن أحدهم يطلب القسمة يسأل القاضى أن ينحصر بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه ، فيجب على القاضى إجابته . وإن كانت أجناسا مختلفة لا يجبر القاضى على قسمتها لتعدد المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ، ولو تراضوا عليها جاز لأن الحق لم . قال (ويبنى للقاضى أن ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر) لأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث أنه يتم به قطع المنازعة فأشبهه رزق القاضى ، ولأن منفعة نصب القاسم تعم العامة

المحل كأخذ العين حكما فكان إفرازا كما صرح به في الوجه المذكور كان معنى الإفراز في ذلك ظاهرا واجبا لتحقيقه في جميع أجزاء المقسوم وتحقيق المبادلة في بعضها كما تحققته (قوله إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر للقاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد) هذا جواب سؤال مقدر يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوان والعروض بأن يقال : لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في ذلك لما أجبر الآتى على القسمة في غير ذوات الأمثال . كذا في عامة الشروح . أقول : هاهنا أيضا إشكال ، وهو أنه إن أريد بقوله لأن فيه معنى الإفراز أن فيه معنى الإفراز بالنظر إلى النصيب الذى يأخذه أحد الشركاء لعين حقه فلا يبعد تقعا في دفع السؤال ، إذ يبقى الكلام حينئذ في الإيجاب على أخذ النصيب الآخر الذى يتحقق معنى المبادلة بالنظر إليه ويظهر على ما قالوا ، وإن أريد بذلك أن فيه معنى الإفراز بالنظر إلى النصيب الذى كان لصاحبه ويأخذه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه كما هو الملائم لقوله لتقارب المقاصد فذلك يناه ما تقدم من القول بأن معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الأمثال ، إذ لا شك في تحقق معنى الإفراز فيه بالنظر إلى النصيب الذى يأخذه أحد الشركاء لعين حقه ، وإذا تحقق فيه معنى الإفراز بالنظر إلى النصيب الآخر أيضا كان معنى الإفراز فيه ظاهرا جدا . فأتى بتصوير القول بأن معنى المبادلة هو الظاهر فيه فتأمل . ثم أقول : لو قال المصنف لأن فيه إمكان المعادلة بدل قوله لأن فيه معنى الإفراز لكان سائلا من هذا الإشكال : وكان مناسباً لا محالة لقوله لتعدد المعادلة في تحليل عدم الإيجاب على القسمة فيها إذا كانت أجناسا مختلفة كما سياتى تبصر تقف (قوله والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كما في قضاء الدين) يعنى أنه لا منافاة بين الجبر والمبادلة لأنها مما يجرى فيه الجبر كما في قضاء الدين ، فإن المديون يجبر على قضاء الدين والمديون تقضى بأهلهما على ما عرف . فصار ما يؤدى المديون بدلا عما في ذمته . أقول : لقائل أن يقول : جريان الجبر في قضاء الدين لكون ما أخذه الدائن من البذل مثل ما ثبت في ذمة المديون بيقين . وقد صرحوا بأن أخذ مثل الحق ييقن بمنزلة أخذ العين . وعن هذا جعلوا أخذ المثل في القرض كأخذ العين فجعلوا القرض لذلك بمنزلة العارية ، بخلاف ما نحن فيه من غير ذوات الأمثال . فإن ما يأخذه أحد الشركاء فيه من نصيب الآخر ليس مثل ما ترك عليه من حق نفسه ييقن فلم يكن بمنزلة أخذ عين الحق ، وعن هذا قالوا : إن معنى المبادلة فيه هو الظاهر . فن ذلك نشأ السؤال المقدر واحتج إلى الجواب الذى نحن بصدده ، فكيف يتم قياس جريان الجبر فيما نحن فيه على جريانه في قضاء الدين مع تحقق الفرق الواضح بينهما (قوله ولو تراضوا عليها جاز لأن الحق لم) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل : ولو تراضوا على ذلك جاز . لأن القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتيجارة . والراضى في التجارة شرط بالنص انتهى . أقول : هذا الشرح غير مطابق للمشروح : وليس يتام في نفسه لأنه إن أراد أن القسمة في مختلف الجنس مبادلة محضة كالتيجارة فهو ممنوع ، كيف وقد تقرر فيما مر أن القسمة مطلقا لا تسمى عن معنى المبادلة والإفراز . إلا أن معنى الإفراز هو الظاهر في ذوات الأمثال ، ومعنى المبادلة هو الظاهر في غيرها ، وإن أراد أن المبادلة في قسمة مختلف الجنس هي الظاهرة فهو مسلم ، لكن الأمر كذلك في قسمة غير مختلف الجنس من غير ذوات الأمثال مع أن التراضى ليس بشرط فيها ، على أن كون التراضى شرطا في التجارة بالنص لا يبدل على كون ذلك شرطا في قسمة مختلف الجنس أيضا لأن قسمته ليست في معنى

شرط بالنص . قال (ويبنى للقاضى أن ينصب قاسما) كلامه واضح إلا ما نفيه عليه .

فتكون كفايته في ما لم غرما بالغرم . قال (فإن لم يفعل نصب قاما يقسم بالأجر) معناه بأجر على المقاسمين ، لأن النفع لم على الخصوص ، ويقدر أجر مثله كى لا يتحكم بالزيادة ، والأفضل أن يرزقه من بيت المال لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة (ويجب أن يكون عدلا مأمونا علما بالقسمة) لأنه من جنس عمل القضاء ، ولأنه لا بد من القدرة وهى بالعلم ، ومن الاعتماد على قوله وهو بالأمانة (ولا يجبر القاضى الناس على قاسم واحد) معناه لا يجبرهم على أن يستأجروه لأنه لا جبر على العقود . ولأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله (ولو اصطالحوا فاقسموا ساجز . إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى أمر القاضى) لأنه لا ولاية لهم عليه (ولا يترك القسام يشتركون) كى لاتصير الأجرة غالية بتواكلهم ، وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة القوت فيرخص الأجر . قال (وأجرة القسمة على عدد الرعوس عند أى خيفة . وقال على قدر الأنصاء) لأنه مؤنة الملك فيقتلر بقدره كأجرة الكيال والوزان وحضر البئر المشتركة ونفقة الماوك المشتركة . ولأى خيفة أن الأجر مقابل بالتميز : وأنه لا يتفاوت ، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل ، وقد يتعكس الأمر فيتعلمر اعتباره فيتعاق الحكم

التجارة في كل الوجوه . إذ القسمة مطلقا لاتمري عن معنى الإفراز البتة ، بخلاف التجارة ، فكيف تلحق إحداها بالأخرى . والحق عندى أن معنى كلام المصنف هنا هو أنهم لو تراضوا عليها ساجز . لأن الحق لهؤلاء دون غيرهم وعدم الجبر على قسمة مختلف الأجناس لحرف أن يبي حتى أحدهم على الآخر لتعلمر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ، وإذا تراضوا على ذلك فقد أسقط كل واحد منهم حقه الباقي على الآخر فصحت القسمة بلا ريب ، انظر إلى هذا المعنى الوجيه الواضح هل يشبه بما ذكره ذلك الشارح (قوله معناه بأجر على المقاسمين لأن النفع لم على الخصوص) أقول : قوله لأن النفع لم على الخصوص ينأى بحسب الظاهر قوله فيأمر آتفا ولأن منفعة نصب القاسم تتم العامة فتكون كفايته في ما لم غرما بالغرم فتأمل في التوفيق (قوله ويجب أن يكون عدلا مأمونا علما بالقسمة) قال تاج الشريعة : ذكر الأمانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها لحواز أن يكون غير ظاهر الأمانة انتهى . وافقني أثره صاحب الكفاية ثم صاحب العناية . ورد هذا التوجيه بعض العلماء في حاشيته على شرح الوقاية ، فإن صاحب الوقاية لما اكتفى بقوله ويجب كونه عدلا علما بها قال ذلك البعض لم يقل عدلا مأمونا علما

(قوله لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) لأنه متى يصل إليه أجر عمله على كل حال لا يميل بأخذ الرشوة إلى البعض . ويجوز للقاضى أن يقسم بنفسه ويأخذ على ذلك من المقاسمين أجرا : لكن الأولى أن لا يأخذ . وهذا لأن القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضى مباشرتها ، وإنما الذى يفترض عليه جبر الآتى على القسمة ، لإلا لما شها بالقضاء من حيث أنها تستفاد بولاية القضاء . فإن الأجنبى لا يقدر على الجبر ، فمن حيث أنها ليست بقضاء ساجز أخذ الأجر عليها . ومن حيث أنها تشبه القضاء يستحب أن لا يأخذ . وقوله (عدلا مأمونا) ذكر الأمانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها لحواز أن يكون غير ظاهر الأمانة (قوله ولو اصطالحوا فاقسموا) يعنى لم يرعوا الأمر إلى الحاكم بل اقسموا بأنفسهم باصطلاحهم ، فهو جازئ لما أن فى القسمة معنى المعاوضة فتثبت بالتراضى كما فى سائر المعاوضات . وقوله (كأجرة الكيال والوزان وحضر البئر المشتركة) يعنى إذا استأجروا الكيال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالأجرة على قدر الأنصاء ، وكذلك الوزن والحاظر (وقوله إن الأجر مقابل بالتميز ، ولأنه لا يتفاوت) تحقيقه أن القاسم لا يستحق الأجر بالمساحة ومد الأطناط والمشى على الحدود . لأنه لو استعان فى ذلك بأرباب الملك استوجب كمال الأجر إذا قسم بنفسه : فدل على أن الأجرة فى مقابلة القسمة ، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل لأن الحساب يندق بتفاوت الأنصاء ويزداد دقة بقلة الأنصاء ، فلعل تميز نصيب صاحب القليل أشق ، ويجوز أن يعسر عليه تميز

(قال المصنف لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) أقول : لعل المراد تهمة الأخذ على ما هو من جنس القضاء أجرا (قوله لأنه متى يصل إليه أجر عمله على كل حال الخ) أقول : فيه بحث (قوله لا يميل بأخذ الرشوة) أقول : أى لا يميل لفقره .

بأصل التميز ، بخلاف حفر البئر لأن الأجر مقابل ينقل التراب وهو يتفاوت . والكيل والوزن إن كان للقسمة قبل هو على الخلاف . وإن لم يكن للقسمة فالأجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل . وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لضعفه ومضرة الممتنع . قال (وإذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة وادّعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة حتى يقيموا البيعة على موته وعدد ورثته . وقال صاحبه : يقسمها باعتبارهم . ويذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وإن كان المال المشترك ما سوى العقار وادّعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا ، ولو ادّعوا في العقار أنهم اشتروه قسمه بينهم) لهما أن اليد دليل الملك والإقرار أمانة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشتري . وهذا لأنه لا منكر ولا بيعة إلا على المنكر فلا يفيد ، إلا أنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بإقرارهم ليقصر عليهم ولا يعتد بهم . وله أن القسمة قضاء على الميت إذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة . حتى لو حدثت

بها كما وقع في الهداية ، لأن الأمانة من لوازم العدالة . وقال : والتوجيه يجوز أن يكون غير ظاهر الأمانة كما وقع في الكفاية ليس بتمام ، لأن ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى اهـ . أقول : المذكور في الهداية نفس العدالة لا ظهورها . فاستلزام ظهورها ظهور الأمانة لا يقتضي استدراك ذكر الأمانة المراد بها ظهورها . فإن قلت : فلم لا يجوز أن يراد بالعدالة ظهورها كما أريد في الأمانة حتى يستغنى بذكر العدالة عن ذكر الأمانة بالكلية . قلت : إرادة ظهور العدالة من لفظ العدالة بخلاف الظاهر لانضمام من لفظها وحده بدون القرينة ، وأما إرادة ظهور الأمانة من لفظ الأمانة الواقعة في الكتاب فبقرينة تقدم ذكر العدالة المستلزمة لنفس الأمانة . نعم لو قال في الكتاب ابتداء ظاهر العدالة بدل قوله عدلا لحصل الغنى عن ذكر الأمانة ، لكن مراد

نصيب صاحب الكثير لكسور وقعت فيه فيتعلو اعتبار الكثرة والثقل فيتعلق الحكم بأصل التميز . بخلاف حفر البئر لأن الأجر مقابل ينقل التراب وهو يتفاوت . وقوله (وإن لم يكن للقسمة) بأن اشتريا ميكلا أو موزونا وأمر إنسانا بكيه ليسير الكل معلوم التقدير فالأجر بقدر الأنصبة وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) يعني لو أطلق أبو حنيفة رحمه الله في الجواب . وقال : أجرة الكيال بقدر عمله سواء كان الكيل للقسمة أو لا ، فالعذر له في ذلك هو التفاوت لأن عمله في ذلك لصاحب الكثير أكثر فكان أصعب والأجر بقدر العمل ، بخلاف القسام فإنه قد يعكس كما تقدم . وقوله (ولا يفصل) تأكيد وبيان . وقوله (وعنه) أي عن أبي حنيفة (أن الأجر كله على الطالب دون الممتنع لضعفه ومضرة الممتنع) . قال (وإذا حضر الشركاء عند القاضي) الخ إذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم مال وطلبوا قسمته فلما أن يكون عقارا أو غيره . فإن كان عقارا فلما أن ادّعوا أنهم ورثوه أو اشتروه أو سكتوا عن كيفية الانتقال إليهم ، فإن كان الأول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البيعة على موته . وعدد ورثته عند أبي حنيفة رحمه الله (وقال : يقسمه باعتبارهم) وإن كان الثاني قسمه بينهم بالاضاق . وإن كان الثالث قسمه بينهم على ما ذكره ، وإن كان غير عقار وادّعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا . لهما أن الامتناع عن القسمة إما أن يكون لشبهة في الملك أو لثمة في دعواه أو لمنازع للمدعى في دعواه . ولا شيء من ذلك بمنتهى لأن اليد دليل الملك والإقرار أمانة الصدق والفرض عدم المنازع فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشتري . وطلب البيعة ليس بلام لأنها لا تكون إلا على منكر ولا منكر هاهنا فلا يفيد إلا أنه يذكر في كتاب القسمة : أي في الصك الذي يكتبه القاضي أنه قسمه باعتبارهم لئلا يكون حكمه متعلبا إلى غيرهم . ولأبي حنيفة أن القسمة قضاء على الميت . إذ التركة قبل القسمة مبقاة على ملكه . حتى لو حدثت

(قال المصنف : والكيل والوزن إن كان لقسمة فهو على الخلاف) أقول : وهذا هو المناسب لتطبيق الحكم بأصل التميز (قال المصنف وهو العذر لو أطلق لا يفصل) أقول : والإطلاق غير مناسب لتطبيق المذكور ، إلا أن يقال : الحكمة لأمر في كل فرد ، ولكن ترعى في الأنواع للمبسطة والوزن والكيل كذلك فليتأمل ، ولكن يمكن جعل التميز حكما كالاخفى .

الزيادة قبلها تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها ، بخلاف ما بعد القسمة ، وإذا كانت قضاء على الميت فالإقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد ، لأن بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ، ولا يتمتع ذلك بإقراره كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فإنه يقبل البينة عليه مع إقراره . بخلاف المتقول لأن في القسمة نظرا للحاجة إلى الحفظ . أما العقار فمحض بنفسه ، ولأن المتقول مضمون على من وقع في يده . ولا كذلك العقار عنده ،

هؤلاء الشراح توجيه العبارة الواقعة في الكتاب لانتفاء إفادة المعنى المقصود هاهنا بعبارة أنحصرا وقع في الكتاب (قوله وهو مفيد لأن بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يتمتع ذلك بإقراره كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فإنه يقبل البينة عليه مع إقراره) قال بعض الفضلاء : وأنت خير بأنه لا أولوية لأحد الورثة بأن يكون مدعى والآخر بكونه مدعى عليه فكلاهما مجهول . بخلاف المقيس عليه لتعين المدعى والمدعى عليه هناك . وجوابه ظاهر . فإن القاضي إذا قال لا أقسم حتى يتقيدوا البينة على الموت وعدد الورثة هم يحملون أحدهم مدعى ليحصل مقصودهم . إلى هنا كلامه . أقول : لا استشكله شيء ولا جوابه . أما الأول فلأن للقاضي ولاية التعيين في أمثال هذا المقام تحصيل المقصود فترفع الجهالة بتعيينه . وعن هذا قال في الذخيرة في بيان هذه المسئلة : فالقاضي يسمع البينة ويقسم الدار ويعمل أحد الحاضرين مدعى والآخر مدعى عليه ، على أن لكل واحد من الورثة الحاضرين صلحا لأن يكون مدعى في دعوى حق نفسه على الآخر ومدعى عليه في دعوى الآخر حقه عليه . فكل منهم يصير مدعى ومدعى عليه من حيثيتين مختلفتين . ونظير ذلك أكثر من أن يحصى في مسائل الفقه فلا تنوهم الجهالة حينئذ أصلا . وأما الثاني فلأن مقتضاها أن يتوقف استماع القاضي البينة وقسمة الدراهم بينهم على جعلهم أحدهم على التعيين مدعى ولم يسمع ذلك من أحد ولم ير في شيء من الكتب : فإنهم لم يعاموا معنى المدعى والمدعى عليه أصلا فضلا عن أن يعلموا مثل هذه الدقيقة المتبعة في هذه المسئلة من انتصاب الورثة خصما عن المورث يقسم القاضي الدار بينهم بالإجماع بعد أن أقاموا البينة على موت المورث وعدد الورثة

الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها . وعن هذا قالوا : إذا أوصى بجارية لإنسان فولدت قبل القسمة تنفذ الوصية فيها بقدر الثلث كأنه أوصى بهما ، بخلاف ما بعد القسمة فإن الزيادة للموصى له . فدل أن الزيادة مبقاة على ملك الميت فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة وهي إما إقرار الورثة أو بينتهم ، وإقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة . وقوله وهو مفيد جواب عن قولهما فلا يفيد ذلك ، لأن بعض الورثة ينتصب خصما بأن يعمل أحد الحاضرين مدعى والآخر مدعى عليه . فإن قيل : كل منهما مقر بدعوى صاحبه والمقر لا يصلح خصما للمدعى عليه . أجاب بقوله ولا يتمتع ذلك : أي كونه خصما بسبب إقراره لجواز إجتماع الإقرار مع كونه خصما كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فإنه إنما يقضى عليهما بالبينة بدين الميت وإن كانا مقرين بها ، وهذا لأن المدعى يحتاج إلى إثبات الدين في حقه وحق غيره ، لأنه ربما يكون للميت غريم دينه ظاهر ودين المقر له بإقرار الورثة لا يظهر في حقه فيحتاج إلى إقامة البينة ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة ولا يثبت ذلك إلا بالبينة (قوله بخلاف المتقول) جواب عن قولهما كما في المتقول الموروث ، وهو على وجهين أحدهما قوله لأن في القسمة نظرا الخ . والثاني أن المتقول مضمون على من وقع في يده بعد القسمة وفي القسمة جعله مضمونا ،

(قوله وعن هذا قالوا : إذا أوصى بجارية لإنسان فولدت قبل القسمة الخ) أقول : ستجى المسئلة في كتاب الوصية (قوله فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة) أقول : يعني لا بد للقضاء من حجة (قال المصنف : فالإقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة) أقول : لا يلزم من هذا الدليل وجوب إقامة البينة على عدد الورثة فتأمل . (قال المصنف : وهو مفيد لأن بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث) أقول : وأنت خير . بأنه لا أولوية لأحد الورثة بأن يكون مدعى والآخر بكونه مدعى عليه فكلاهما مجهول ، بخلاف المقيس عليه لتعين المدعى والمدعى عليه هناك . وجوابه ظاهر ، فإن القاضي إذا قال : لا أقسم حتى يتقيدوا البينة على الموت وعدد الورثة هم يحملون أحدهم مدعى ليحصل مقصودهم .

وبخلاف المشتري لأن المبيع لا يبق على ملك البائع وإن لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير . قال (وإن ادعوا الملك ولم يدكروا كيف انتقل إليهم قسمه بينهم) لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير ، فإنهم ما أقرؤا بالملك لغيرهم . قال رضى الله عنه : هذه رواية كتاب القسمة (وفي الجامع الصغير : أرض ادعاهما رجلان وأقاما البيعة أنهما في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيا البيعة أنهما) لا احتمال أن يكون لغيرهما . ثم قيل هو قول أبي حنيفة .

كما هو المفهوم من كتب الفقه بأسرها (قوله وفي الجامع الصغير : أرض ادعاهما رجلان وأقاما البيعة أنهما في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيا البيعة أنهما لا احتمال أن تكون لغيرهما) قال في العناية : أعاد لفظ الجامع الصغير لأنه يفيد أنه لا يقسم حتى يقيا البيعة على الملك لا احتمال أن يكون مافي أيديهما ملكا لغيرهما ، فإنهما لما لم يدكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا فيكون ملكا لغير ، وأن يكون مشتري فيكون ملكا لهما لأن الأصل أن تكون الأملاك في يد مالكيها فلا يقسم احتياطا انتهى . أقول : لا يخفى على ذى فطنة سليمة أن قوله لأن الأصل أن تكون الأملاك في يد مالكيها غير مفيد هاهنا . بل هو غلّ بالقيام لأن ذلك الأصل : أعني كون الأملاك في يد مالكيها يرجع كون ما في أيديهما ملكا لهما فينبغي أن يقسم بدون إقامة البيعة . مع أن جواب مشكلة الجامع الصغير أن لا يقسم بدونها كما ترى ، فالجواب أن يترك تلك المقدمة في تعليل مشكلة الجامع الصغير . وإنما يحتاج إليها في بيان وجه رواية كتاب القسمة كما مرّت من قبل . واعترض بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فإنهما لما لم يدكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا إلى آخره حيث قال : فيه بحث ، بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما لا إرثا ولا شراء . كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له ، وبه يظهر وجه التوفيق بين الروایتين فإن في الأولى ادعوا الملك انتهى . أقول : يمكن دفع ذلك بأنه إن أراد أن المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما أصلا لا غير فهو ممنوع . وقوله كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له غير تام . فإن عدم التعرض لشيء لا ينافي احتمالاً في الواقع . وإنما ينافي تقريره وتعيينه كيف ولو لم يكن للملك لهما احتمال أصلا لما جاز استماع البيعة له ، وإن أراد أن ذلك أيضا محتمل هنا فهو مسلم لكن لا يضر ذلك بصحة التعليل الذي ذكره صاحب العناية لأن مجرد احتمال أن يكون ميراثا وأن يكون مشتري يكفي في أن لا يقسم بدون البيعة احتياطا . ثم إن هذا كله على تقدير استدراك قول صاحب العناية لأن الأصل أن تكون الأملاك في يد مالكيها لإخلاله بالفرق بين الروایتين كما نبهنا عليه أيضا . وأما على تقدير اعتباره في تعليل رواية الجامع الصغير كما فعله صاحب العناية فيسقط جدا ما ذكره ذلك القائل من احتمال أن لا يكون ملكا لهما أصلا لدلالة ثبوت أيديهما على أن مافيها ملك لهما ، ويكون سبب عدم تعرضهما لكونه ملكا لهما هو الاعتقاد على دلالة ذلك

وفي ذلك نظر الميت ، بخلاف العقار عند أبي حنيفة رحمه الله فإنه لا يصير مضمونا على من وقع في يده عنده (وبخلاف المشتري) جواب عن قولهما والعقار المشتري على ظاهر الرواية ، فقد روى عن أبي حنيفة في غير الأصول أن القاضي لا يقسمه بينهم وسوى بين الشراء والميراث . وجه الظاهر ما ذكره في الكتاب أن المبيع بعد النقد لا يبق على ملك البائع وإن لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير (قوله وإن ادعوا الملك) هذا هو القسم الثالث الموعود ومعناه ظاهر . قال المصنف رحمه الله (هذه) يعنى القسمة قيا بينهم من غير إقامة البيعة (رواية كتاب القسمة) وأعاد لفظ الجامع الصغير لأنه يفيد أنه لا يقسم حتى يقيا البيعة على الملك لا احتمال أن يكون مافي أيديهما ملكا لغيرهما فإنهما لما لم يدكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا فيكون ملكا لغيرهما وأن يكون مشتري فيكون ملكا لهما ، لأن الأصل أن تكون الأملاك في يد مالكيها فلا تقسم احتياطا . قيل هذا قول أبي حنيفة خاصة ، وعندهما تقسم بينهما لأشياء يقسمان في الميراث بلا بيعة في هذا أولى . وقيل قول الكل وهو الأصح ، لأن القسمة نوعان : قسمة حق الملك لتكميل المنفعة ، وقسمة حق الدار لأجل الحفظ والصيانة . والثاني في العقار غير محتاج إليه فتعين قسمة الملك ،

(قوله فإنهما لما لم يدكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا) أقول : فيه بحث ، بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما لا إرثا ولا شراء . كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له ، وبه يظهر وجه التوفيق بين الروایتين ، فإن في الأولى ادعوا الملك (قوله فيكون ملكا لغير) أقول : يعنى الميت .

وقيل قول الكل ، وهو الأصح لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه ، وقسمة الملك تقتضي قيامه ولا ملك فامتنع الجواز . قال (وإذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلًا يقبض نصيب الغائب . وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيًا يقبض نصيبه) لأن فيه نظرًا للغائب والصغير ، ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة عنده أيضًا بخلافهما كما ذكرنا من قبل (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيها اشتراء المورث أو باع ويصير مغرورًا بشراء المورث فانصب أحدهما خصيًا عن الميت فيها في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين ، أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع ثامه

عليه فتدبر قوله وقيل قول الكل وهو الأصح ، لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه وقسمة الملك تقتضي قيامه ولا ملك فامتنع الجواز) يعنى أن القسمة نوعان : قسمة لحق الملك لتكامل المنفعة ، وقسمة لحق اليد لأجل الحفظ والصيانة ، والثاني في العقار غير محتاج إليه فعين قسمة الملك وقسمة الملك تقتضي قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز ، وكذا في العناية . أقول : فالتال أن يقول : إن هذا التقرير يقتضي أن لا تجوز القسمة بدون البينة على قول الكل فيها إذا ادعوا الشراء أيضًا في العقار مع أنه قد سبق أنه تجوز القسمة فيه بدون البينة بالاتفاق . ويقتضي أيضًا أن لا تجوز القسمة بدون البينة عند أبي يوسف ومحمد أيضًا فيها إذا ادعوا الإرث في العقار ومع أنه قد سبق أيضًا أنها يقولان بجوازها فيه بمجرد اعترافهم . ثم أقول : يجوز أن لا يكون مراد المصنف رحمه الله بقوله ولا ملك ما حل عليه صاحب العناية من أنه لا ملك بدون البينة لانقاضه بصورة ادعائهم الشراء على قول الكل ، وبصورة ادعائهم الإرث أيضًا على قولهما كما نبت عليه آفا ، بل يحتمل أن يكون مراده بذلك أنه لا ملك في دعواهما : أى لم يدعيا الملك ولم يتعرضا له أصلاً في رواية الجامع الصغير ، بل إنما ادعيا أنها في أيديهما وأقاما البينة عليه ، بخلاف ما مر من رواية كتاب القسمة فإنهم ادعوا هناك صريح الملك فافترقنا فحيث لا انتقاض بالصورتين المذكورتين لأنهم ادعوا فيما سبب الملك من الإرث أو الشراء ، ويؤيد هذا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال : قيل إنما اختلف الجواب باختلاف الوضع فوضع كتاب القسمة فيها إذا ادعيا الملك ابتداء وموضوع الجامع الصغير فيها إذا ادعيا اليد ابتداء ،

وقسمة الملك تقتضي قيام الملك : ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز . قال (وإن حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب للغائب وكيلًا يقبض نصيبه) قيل قوله في أيديهم ومعهم وارث غائب وقع سهواً من النسخ ، والصحيح في أيديهما ، لأنها لو كانت في أيديهم لكان البعض في يد الغائب ضرورة : وقد ذكر بعد هذا في الكتاب وإن كان القار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم . وأجيب بأنه أطلق الجمع وأراد المتنى بقرينة قوله وارثان وأقاما لكنه ملتبس (وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيًا يقبض نصيبه لأن فيه نظرًا للغائب والصبي) لظهور نصيبهما بما في يد الغير (ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة) يعنى فيها إذا كان معهما صبي (عند أبي حنيفة رحمه الله) كما إذا كان معهما غائب (بخلافهما كما ذكرنا من قبل) يريد به قوله لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته . وقال صاحباه : يقسمها باعتبارهم (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) وإن أقاموا البينة على الشراء وذكر الفرق بينهما وهو واضح (قوله ويصير مغرورًا بشراء المورث) صورته : اشترى

(قوله ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز) أقول : هما يقولان : اليد دليل الملك ، فلا شبهة في الملك كما تقدم . وجوابه أن اليد لا تصلح حجة للاستحقاق بل للدفع تأمل (قوله لكنه ملتبس) أقول : لكان الورثة قبله .

فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق (وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم . وكذا إذا كان في يد مودعه ، وكذا إذا كان في يد الصغير) لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما ، وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه . والقضاء من غير الخصم لا يجوز . ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البيعة وعدها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب . قال (وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البيعة) لأنه لا بد من حضور خصمين . لأن الواحد لا يصلح خصما وخصما ، وكذا مقاما ومقاما ، بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين على ما بينا (ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم إذا أقيمت البيعة ، وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة وأقام البيعة على الميراث والوصية يقسمه) لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه . وكذا الوصى عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه .

وبيانه أنهم لما ادعيا الملك ابتداء واليد ثابتة ومن في يده شيء يقبل قوله أنه ملكه ما لم ينزعه غيره . إذ الأصل أن الأملاك في يد الملك فيعتبر هذا الظاهر وإن احتمل أن يكون ملك الغير لأنه احتمال بلا دليل فيقسم بينهما بناء على الظاهر ، أما إذا ادعيا اليد وأعرضا عن ذكر الملك مع حاجتهما إلى بيانه فلا يقبل قولهما لأنهما طليا القسمة من القاضي والقسمة في العقار لا تكون إلا بالملك ، فلما استكثرا عنه دل على أن الملك ليس لهما فتأكد ذلك الاحتمال السابق فلا يقبل قولهما بعد ذلك إلا بإقامة البيعة ليزول هذا الاحتمال ، وهذا معنى قوله لاحتمال أن يكون لغيرهما ، إلى هنا كلامه فينصر (قوله لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما) يعني أن في هذه القسمة قضاء على الغائب أو الصغير بإخراج شيء مما كان في يده عن يده من غير خصم حاضر عنهما ، كذا التقرير في الكافي والمبسوط . أقول : في هذا التعليل شيء . وهو أنه إنما يتم إذا كان العقار كله في يد الغائب أو الصغير ، أو كان منه شيء زائد قلده على حصة الغائب أو الصغير من الميراث في يد أحدهما . وأما فيما إذا كان في يد أحدهما من العقار شيء يساوي قلده حصة ذلك من الميراث أو يصير أقل منها فلا يتمشى فيها ذلك التعليل . إذ لا يلزم فيه القضاء على الغائب أو الصغير بإخراج شيء مما كان في يده عن يده بل يلزم إبقاء ما كان في يده على يده في صورة التساوي وزيادة شيء عليه مما في يد الحاضرين في صورة التقصان ، ويحتمل أن يكون هذا هو السر في عدم وقوع ذكر أو شيء منه في وضع المسئلة في مختصر القدوري ، فإن هذا القيد في وضعها من زيادة صاحب الهداية كما نص عليه في غاية البيان فتأمل .

المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحققت يكون الولد حرا بالقيمة ويرجع الوارث بها على البايع كالمورث (وقوله ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البيعة وعدمها) يعني فيما إذا كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه . وقوله (كما أطلق في الكتاب) يعني قوله لم يقسم من غير أن يذكر إقامة البيعة . وقوله (هو الصحيح) احترازا عما ذكر في المبسوط وإن كان شيء من العقار في يد الصغير أو الغائب لم أقسمها بإقرار الحضور حتى تقوم البيعة على أصل الميراث ، لأن في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير بإخراج شيء مما كان في يده عن يده (وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البيعة . لأنه لا بد من حضور خصمين لأن الواحد لا يصلح خصما وخصما) فالحاضر إن كان خصما عن نفسه فليس ثمة خصم عن الميت وعن الغائب : وإن كان خصما عنهما فثمة من يخاصم عن نفسه ليقم البيعة بذلك ، بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين ، والباقي ظاهر .

(قوله يعني فيما إذا كان معهما) أقول : تفسير لقوله أيضا (قال المصنف : فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق) أقول : وفي سورة الإثراء يقوم الآخر مقام الميت ، ويجب حق الغائب على طريق التبع .

(فصل فيما يقسم وما لا يقسم)

قال (وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم) لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل (وإن كان ينتفع أحدهم ويستصر به الآخر لقلته نصيبه ، فإن طلب صاحب الكثير قسم . وإن طلب صاحب القليل لم يقسم) لأن الأول ينتفع به فيعتبر طلبه ، والثاني تمتعت في طلبه فلم يعتبر . وذكر الجصاص على قلب هذا لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه . وذكر الحاكم الشهيد في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضى ، والوجه اندرج فيها ذكرناه . والأصح المذكور في الكتاب وهو الأول (وإن كان كل واحد منهما يستصر لصغره

(فصل فيما يقسم وما لا يقسم)

لما تنوعت مسائل القسمة إلى ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيانها في فصل على حدة (قوله والأصح المذكور في الكتاب وهو الأول) لأن رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضى شيئا . وإنما المازم طلب الإنصاف من القاضى وإيصاله إلى منفعة ملكه . وذلك لا يوجد عند طلب القليل ، كذا في العناية ومراجع الدراية . وهو المذكور في الأخيرة ، وزاد عليه في النهاية والكفاية أن يقال : ألا ترى أن كل واحد منهما إذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا جعما القسمة لم يقسما القاضى بينهما ، فكذلك إذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة انتهى . أقول : هذه الزيادة تخالف ما سيأتى في الكتاب بقوله وإن كان كل واحد منهما يستصر لصغره لم يقسما إلا براضيهما . فإنه يدل على أن القاضى يقسما عند تراضى الشريكين وطلبيهما القسمة ، وقد صرح به المصنف هناك حيث قال : ويجوز براضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأهما ، أما القاضى يعتمد الظاهر انتهى . ثم إنك لو تأملت حق التأمل وجلت نوعا من التناقض بين أصل ماذكروا في وجه أهمية

(فصل فيما يقسم وما لا يقسم)

لما تنوعت مسائل القسمة إلى ما يقسم وما لا يقسم بينهما فقال (وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه الخ) إذا طلب أحد الشركاء القسمة فإما أن ينتفع كل بنصيبه أو بعضهم أو لا ينتفع منهم أحد ، فإن كان الأول قسم القاضى بطلب أحدهم جبرا على من أبى (لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه) يريد به قوله إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لغايات المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين إلى آخره . وإن كان الثاني فإن طلب صاحب الكثير قسم ، وإن طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره من الفرق في الكتاب . وذكر الجصاص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة ويأبى صاحب الكثير ووجه ظاهر (وذكر الحاكم في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضى . والوجه اندرج فيها ذكرناه) لأن دليل القول الأول دليل أحد الجانبين ، ودليل قول الجصاص دليل الجانب الآخر (والأصح هو المذكور في الكتاب) أى التدورى (وهو الأول) لأن رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضى شيئا وإنما المازم طلب الإنصاف من القاضى وإيصاله إلى منفعة ، وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل (وإن كان) الثالث بأن كان المشترك بينهما بيتا صغيرا (يستصر) كل منهما بالقسمة وطلب أحدهما القسمة

(فصل فيما يقسم وما لا يقسم)

(قوله وذكر الجصاص على قلب هذا ، وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة الخ) أقول : في عبارته مساعة ، والأظهر أن يقول : وهو أن يقسم بطلب صاحب القليل وإياء صاحب الكثير ، ولا يقسم بطلب صاحب الكثير وإياء صاحب القليل .

لم يقسمها إلا بتراضيهما) لأن الجبر على القسمة لتكامل المنفعة . وفي هذا تفويتها . ونجوز بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنيهما ، أما القاضي فيعتمد الظاهر . قال (ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد) لأن عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكامل في المنفعة (ولا يقسم الجنس ببعضهما في بعض) لأنه لا اختلاط بين الجنس فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة . وسيلها التراضي دون جبر القاضي (ويقسم كل مكمل وموزون كثير أو قليل والمعلود المتقارب وتبر الذهب والفضة والحديد والنحاس والإبل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الأواني) لأنها باختلاف الصنعة التحقت بالأجناس المختلفة (ويقسم الثياب المروية) لاتحاد الصنف (ولا يقسم ثوبا واحدا) لاشتغال القسمة على الضرر إذ هي لا تتحقق إلا بالقطع (ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما) لما بيننا ، بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعل ثوب بثوبين أو ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة أرباع ثوب لأنه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز (وقال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر) لتفاوتهما (وقالوا : يقسم الرقيق) لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق الغنم . وله أن التفاوت في الأدنى فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لأن التفاوت فيها بقل عند اتحاد الجنس : ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس

المذكور في الكتاب أولا وبين ذلك التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لأن الحق لهما إلى قوله أما القاضي يعتمد الظاهر فتأمل

لم يقسمها إلا بتراضيهما لأن الجبر على القسمة لتكامل المنفعة وفي هذا تفويتها . ونجوز بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنيهما أما القاضي فيعتمد الظاهر ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد) كالثياب مثلا : يعني به يجبر على ذلك . لأن في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف (لأن عند اتحاده يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكامل في المنفعة . ولا يقسم الجنس ببعضهما في بعض لعدم الاختلاط بين الجنس فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسيلها التراضي دون جبر القاضي) وقوله (ويقسم القاضي كل مكمل وموزون الخ) ظاهر . وقوله (ولا يقسم شاة وبعيرا) يعني لا يقسم جبرا في هذه الأشياء قسمة جمع بأن يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الآخر في البعير خاصة . بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقونها ، وكذلك في البعير وغيره والأواني المتخذة من أصل واحد كالإجانة والقمقم والعلقت المتخذة من صفر ملحقة بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضي جبرا ، وكذلك الأثواب المتخذة من القطن أو الكتان إذا اختلفت بالصنعة كالثياب والحية والقميص (ويقسم الثياب المروية لاتحاد الصنف : ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتغال القسمة على الضرر) بسبب القطع لأن فيه إلتلاف جزء فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء . فإن رضيا بذلك قسمة بينهما (ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما لما بيننا) يعني ما تقدم من قوله بل تقع معاوضة وسيلها التراضي . ووجه المعاوضة أن التعديل بينهما لا يمكن إلا بزيادة دراهم مع الأوكس ، والدراهم لم تكن مشتركة فرد عليها القسمة فكان معاوضة (بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعل ثوب بثوبين) يعني إذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين وأراد أحدهما القسمة وإلى الآخر يقسم القاضي بينهما ويعطى أحدهما ثوبا والآخر ثوبين (وكذا إن استقام أن يجعل ثوب أحد القسمين ثوبا وربع ثوب والآخر ثوبا وثلاثة أرباع ثوب) فإنه يقسم بينهما ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه (لأنه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز) لأنه تيسر عليه التمييز في بعض المشترك . ولو تيسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركاء فذلك في البعض ، وما ثمة معاوضة تحتاج إلى التراضي (وقال أبو حنيفة رحمه الله : لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما) الرقيق إذا كان بين اثنين وطالب أحدهما القسمة فلا يخلو إما أن يكون الرقيق

(قال المصنف : لم يقسمها إلا بتراضيهما) أقول : يخالف لنا في شرح الكنز القرطبي (قوله ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد كالثياب مثلا : يعني به يجبر على ذلك . لأن في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف لأن عند اتحاده الخ) أقول : قوله لأن في حق التراضي الخ تعليل لقوله يعني به يجبر الخ . وقوله لأن عند اتحاده الخ تعليل لقوله ويقسم العروض الخ .

واحد ، بخلاف المغنم لأن حق الغانمين في المألية حتى كان للإمام بيعها وقسمه ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمألية جميعا فافترقا . وأما الجواهر فقد قيل إذا اختلف الجنس لا يقسم كاللؤلؤ والياقوت . وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت . ويقسم الصغار لقلة التفاوت . وقيل يجري الجواب على إطلاقه لأن جهالة الجواهر أمضت من جهالة الرقيق ؛ ألا ترى أنه لو تزوج على لؤلؤة أو ياقوتة أو خالغ عليها لاتصح التسمية ، ويصح ذلك على عبد فأولى أن لا يجبر على القسمة . قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحي إلا براضى الشركاء ، وكذا الحائض بين الدارين) لأنها تشتمل على الضرر في الطرفين ، إذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف الراضى لما بينا .

(قوله ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحي إلا براضى الشركاء) قال صاحب العناية : والأصل في هذا أن الجبر في القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والرحى ضرر لهما أو لأحدهما فلا يقسم إلا بالراضى انتهى . أقول : تقرير الأصل بهذا الوجه ليس بسديد ، إذ قد تقرر فيما مر أنه إذا كان أحد الشركاء ينفع بنفسيه والآخر يستضر بنفسيه لقلته فإن القاضي يقسم بطلب صاحب الكثير فقط على القول الأصح المذكور في الكتاب . وبطلب صاحب القليل فقط على ما ذكره على الإحصاء ، وبطلب كل واحد منهما على ما ذكره الحاكم الشهيد . وعلى كل واحد من الأقوال الثلاثة المذكورة ينتقض ذلك التقرير بتلك المسئلة كما لا يخفى على ذي مسكة . فالصواب الموافق لقول المصنف في التعاليل لأنه يشتمل على الضرر في الطرفين الخ أن يقتصر في بيان أصل هذه المسائل على لزوم الضرر لكل

مع شيء آخر يصح فيه القسمة جبرا كالغنم والخيول أو لا يكون ، فإن كان فالأصح القسمة في قولهم جميعا على الأظهر ، أما عندهما فظاهر ، وأما عند أبي حنيفة فيجعل الذي مع الرقيق أصلا في القسمة جبرا ويجعل الرقيق تابعا له في القسمة ، وقد ثبت الحكم لشيء تبا وإن لم يثبت قصدا كالشرب والبيع والمقولات في الوقف ، وإن لم يكن فإن كانوا ذكورا وإناتا لا يقسم إلا براضاهما . وإن كانوا ذكورا أو إناتا لا يقسم القاضي بينهما في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجبرهما على ذلك . وقال صاحباه : يجبرهما على القسمة لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم . ولأبي حنيفة أن التفاوت في الآدى فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة ، لأن من العبد من يصلح للأمانة ، ومنهم من يصلح للتجارة ، ومنهم من يصلح للفروسية وغير ذلك . فحق جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فإنه سائر المنافع فلم يكن ذلك قسمة وإفرازا ، بخلاف الحيوانات لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس . ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان ومن سائر الحيوانات جنس واحد (بخلاف المغنم) جواب عن قولهما ورقيق المغنم . وذلك (لأن حق الغانمين في المألية حتى كان للإمام بيعها وقسمه ثمنها ، وهاهنا يتعلق بالعين والمألية فافترقا) فإن قيل : لو تزوج أو خالغ على عبد صح فصار كسائر الحيوانات فليكن في القسمة كذلك . أجيب بأن القسمة تحتاج إلى الإفرازا ولا تنطبق في القسمة ، بخلاف ما ذكرتم فإنه لا يحتاج إليه (قوله وأما الجواهر الخ) واضح . قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحي) والأصل في هذا أن الجبر في القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس ، وفي قسمة البئر والحمام والرحى ضرر لهما أو لأحدهما فلا يقسم إلا بالراضى . ومن المشايخ من قال : القاضي لا يقسم عند الضرر لأنه لم ينصب متلفا ، لكن لو انقسم لم يمنعهما عن ذلك وكلامه واضح . وقوله (لما بينا) إشارة إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد يستضر كصخره لم يقسمها

(قوله أو لأحدهما) أقول : لا يناسب المشروح مع أنه قد سبق أنه إذا انتفع أحدهما بنصيبه دون الآخر يقسم بطلب صاحب الكثير فليتأمل (قوله وقوله لما بينا إشارة إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد الخ) أقول : بل إشارة إلى دليل تلك المسئلة . أولى قوله لأن الحق لما اتفق فتأمل .

قال (وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدة في قول أبي حنيفة . وقالوا : إن كان الأصابع لهم قسمة بعضها في بعض قسمها) وعلى هذا الخلاف الأفرحة المتفرقة المشتركة . لهما أنها جنس واحد اسمها وصورة ، ونظرا إلى أصل السكنى أجناس معنى نظرا إلى اختلاف المقاصد ، ووجه السكنى فيفوت الرجوع إلى القاضي . وله أن الاعتبار للمعنى وهو المقصود . ويختلف ذلك باختلاف البلدان والحال . والبحرمان والقرب إلى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار . وكذا لو تزوج على دار لاتصح التسمية كما هو الحكم فيها في الثوب بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوتها ، لأن في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة . قال رضي الله عنه : تقييد الوضع في الكتاب إشارة إلى أن الدارين إذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في القسمة عندهما . وهو رواية هلال عنهما . وعن محمد أنه يقسم إحداهما في الأخرى والبيوت في حلة أو محال تقسم قسمة واحدة لأن التفاوت فيها بينها يسير . والمنازل المتلازمة كالبيوت والمتباعدة كاللور لأنه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فأخذ شيئا من كل واحد . قال (وإن كانت دار وضعية أو دار وحائوت قسم كل واحد منهما على حدة) لا اختلاف الجنس . قال رضي الله عنه : جعل الدار والحائوت جنسين ، وكذا ذكر الخصاف . وقال في إجازات الأصل : إن إجازة منافع الدار بالحائوت لا يجوز . وهذا يدل على أنهما جنس واحد ، فيجعل في المسئلة روايتان أو تبني حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة .

واحد من الشركاء . ويجعل ذلك مدارا لعدم الجبر في القسمة (قوله وإن كانت دار وضعية أو دار وحائوت قسم كل واحد منهما على حدة لا اختلاف الجنس) قال المصنف : جعل الدار والحائوت جنسين . وكذا ذكر الخصاف . وقال في إجازات الأصل : إن إجازة منافع الدار بالحائوت لا يجوز . وهذا يدل على أنهما جنس واحد . فيجعل في المسئلة روايتان أو تبني حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة . واستشكل التوجيه الثاني صاحب الكافي حيث قال : وقيل هما مختلفان جنسا رواية واحدة . والفساد ثمة شبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعهما وهو السكنى ، كذا ذكره في الهداية . وهو مشكل لأنه يؤدي إلى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هي المتباعدة دون التازلة عنها . وقد قال شمس الأئمة الحلواني : إما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ، إلى هنا كلام صاحب الكافي . وأوضح إشكاله صاحب العناية ثم أجاب عنه حيث قال : واستشكل كلامه هذا لأنه يؤدي إلى اعتبار شبهة الشبهة ، فإن الجنس إذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بغيره نسيئة . وبالحسن يحرم النساء عندنا كما تقدم ، وفي ذلك شبهة الربا . فإذا اعتبر شبهة الجنسية كان ذلك اعتبارا لشبهة الشبهة . والمعتبر الشبهة دون النازل عنها .

إلا بترخيصها (قوله وإذا كانت دور مشتركة) هاهنا ثلاثة فصول : الدور ، والبيوت ، والمنازل . فالدور متلازمة كانت أو متفرقة لا تقسم عنده قسمة واحدة إلا بالراضى . والبيوت تقسم مطلقا لغايرها في معنى السكنى . والمنازل إن كانت مجتمعة في دار واحدة متلازما بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة وإلا فلا سواء كانت في محال أو في دار واحدة بعضها في أديانها وبعضها في أقصاها ، لأن المنزل فوق البيت دون الدار فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى . ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه ، فليشبهها بالبيوت قلنا إذا كانت متلازمة تقسم قسمة واحدة . لأن التفاوت فيها يقل في مكان واحد ، وليشبهها بالدور قلنا : إذا كانت في أمكنة متفرقة لا تقسم قسمة واحدة . وهما في الفصول كلها يقولان : ينظر القاضي إلى أصل الوجه فيمضي القسمة على ذلك . وقوله (على ما مر) يعني في باب الحقوق من كتاب البيوع (قوله وإن كانت دار وضعية أو دار وحائوت الخ) واضح إلا ما نذكره ، إنما خص الخصاف بالذكر لأن هذه المسئلة لم تذكر في كتاب محمد ولا ذكرها الطحاوي ولا الكرخي رحمهما الله . وقوله (إن إجازة منافع الدار بالحائوت) أي بمنافع الحائوت ، لأنه لو جعل نفس الحائوت أجرة لثمن الدار صح . وقوله (أو تبني حرمة الربا هنالك) أي في إجازات الأصل (على شبهة المجانسة) يعني إن كانت منافع الدار ومنافع الحائوت مختلفة رواية واحدة تحمل حرمة الربا هنالك على

(فصل في كيفية القسمة)

وقد قال شمس الأئمة الحلواني : إما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب . ويمكن أن يقال : لا إشكال فيه . لأن المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لأنه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة انتهى كلامه . أقول : في الجواب خلل . إذ لو كان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بنفس المجانسة لما تم التوفيق بين مسئلتنا ومسئلة إجازات الأصل بقوله أو تبني حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة . إذ يصير مدار مسئلة إجازات الأصل حينئذ على اتحاد الدار والحانوت في الجنس ومدار مسئلتنا على اختلافهما في الجنس قطعاً . فتناقضان . والمصنف قصد التوفيق بذلك فتشأ منه الإشكال المذكور . ثم إن قوله لأنه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ليس بسديد ، إذ لم يقع التصريح في إجازات الأصل بأن قال جنس واحد . ولو وقع كان المراد كجنس واحد على طريق التشبيه البالغ يحذف أداة التشبيه على ما عرف فلا ينافي القول بشبهة المجانسة كما لا يتنى . قال بعض الفضلاء في تفسير معنى قول صاحب العناية . لأن المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها : يعنى أنها متحدة الجنس نظراً إلى أصل السكنى فتبنى حرمة الربا عليه ومغفاه نظراً إلى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتأمل انتهى . أقول : ليس ذلك بمستقيم ، لأن المعنى الذي ذكره مع كونه غير مستفاد من عبارة صاحب العناية أصلاً لا يصبح أن يراد ما هنا أما أولاً فلا لأنه لا يدفع الإشكال المذكور ، إذ حاصله أن اتحادهما في الجنس غير مقرر ، بل هناك شبهة الاتحاد والاختلاف في الجنس من جهتين فكان في الجنسية شبهة فيقول بناء حرمة الربا على ذلك إلى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت فيما مر . وأما ثانياً فلأن ما ذكره من اتحاد الجنس نظراً إلى أصل السكنى واختلافه نظراً إلى اختلاف المقاصد متحقق في الدور المشتركة في مصر واحد أيضاً . فبناء على أصل ذلك خالف أبا حنيفة صاحبه هناك فقالا : إن كان الأصلح لم قسمة بعضها في بعض قسمها القاضي كما مر في الكتاب ، فلو كان المراد في مسئلتنا ما ذكره لما وافق الإمامان أبا حنيفة ما هنا في وجوب قسمة كل واحد على حدة . واتفقهم في هذه المسئلة مع كونه منفهما من علم بيان الخلاف فيها في الكتاب منصوص عليه في البدائع حيث قال فيه : أما دار وضيفة أو دار وحانوت فلا يجمع بالإجماع بل يقسم كل واحد على حدته لاختلاف الجنس انتهى .

(فصل في كيفية القسمة)

لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيان كيفية القسمة فيما يقسم ، لأن الكيفية صفة فتتبع جواز أصل القسمة

شبهة المجانسة بين منافع الدار والحانوت لاتحاد أصل السكنى المقصود منهما . واستشكل كلامه هذا لأنه يؤدي إلى اعتبار شبهة الشبهة . فإن الجنس إذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بنفسه نسبية . وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم . وفي ذلك شبهة الربا فإذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتباراً لشبهة الشبهة . والمعتبر الشبهة دون التنازل عنها . وقد قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله : إما أن يكون في المسئلة روايتان ، أو يكون من مشكلات هذا الكتاب . ويمكن أن يقال : لا إشكال فيه لأن المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لأنه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة . ووجه آخر في التوفيق أن يراد باختلاف الجنس الاختلاف من حيث اختلاف الذات . فلا تجوز القسمة الواحدة ، وباتحاده الاتحاد في المنفعة وهي السكنى فتتبع الإجازة لشبهة الربا .

(فصل في كيفية القسمة)

لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لأن الكيفية صفة فتتبع جواز أصل القسمة الذي هو

(قوله واستشكل كلامه) أقول : هذا في الكافي (قوله ويمكن أن يقال) أقول : يعنى في جواب الاستشكل (قوله لأن المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها) أقول : يعنى أنها متحدة الجنس نظراً إلى أصل السكنى ، فبنى حرمة الربا عليه ، ومغفاه الجنس نظراً إلى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتأمل .

(فصل في كيفية القسمة)

قال (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) ليكنه حفظه (ويعدله) يعنى يسويه على مهام القسمة ويروى يعزله ؛ أى يقطعه بالقسمة عن غيره (ويذره) ليعرف قدره (ويقوم البناء) لحاجته إليه فى الآخرة (ويفرز كل نصيب عن الباقى بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب الآخر تعلق) فتقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التام (ثم يلقب نصيبا بالأول ، والذي يليه بالثانى والثالث على هذا ثم يخرج القرعة . فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول . ومن خرج ثانيا فله السهم الثانى) والأصل أن ينظر فى ذلك إلى أقل الأنصباء . حتى إذا كان الأقل ثلثا جعلها أثلاثا ، وإن كان سلسا جعلها أسداسا لتمكن القسمة . وقد شرحناه شجعا فى كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى . وقوله فى الكتاب : ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الأفضل . فإن لم يفعل أولم يمكن جاز على ما ذكره بتفصيله إن شاء الله تعالى . والقرعة لتطبيب القلوب وإزاحة تهمة الميل .

الذى هو الموصوف (قوله والقرعة لتطبيب القلوب وإزاحة تهمة الميل) قال الشراح : هذا جواب الاستحسان . والقياس يأبأها لأن استعمال القرعة تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وهو فى معنى القمار والقمار حرام . ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها فى دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق أو المطلقة ، ولكننا تركنا القياس هاهنا بالنسبة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير تكبر ، منكر . وليس هذا فى معنى القمار ، لأن أصل الاستحقاق فى القمار يتعلق بما يستعمل فيه ، وفيما نحن فيه لا يتعلق أصل الاستحقاق بخروج القرعة . لأن القاسم لو قال أنا عدلت فى القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت ذاك الجانب كان مستقيا إلا أنه ربما يتهم فى ذلك فيستعمل القرعة لتطبيب قلوب الشركاء ونفى تهمة الميل عن نفسه

الموصوف . قال (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) إذا شرع القاسم فى القسمة ينبغي أن يصور ما يقسمه بأن يكتب على كاغدة إن فلانا نصيبه كذا وفلانا نصيبه كذا ليكنه حفظه إن أراد رفع تلك الكاغدة إلى القاضى ليتولى الإقراع بينهم بنفسه (ويعدله يعنى يسويه على مهام القسمة . ويروى يعزله : أى يقطعه بالقسمة عن غيره ويذره ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته إليه فى الآخرة) إذ البناء يقسم على حدة . فرمما يقع فى نصيب أحدهم شئ منه فيكون علما بقيمها (ويفرز كل نصيب عن الباقى بطريقه وشربه) إن أمكن ذلك لينقطع النزاع ويتم معنى القسمة (ثم يلقب نصيبا بالأول والذي يليه بالثانى والثالث إلى أن تفرغ السهام ويكتب أمهام ويخرج القرعة ، فمن خرج اسمه أولا الخ) قال الإمام حميد الدين رحمه الله : صورته أرض بين جماعة لأحدهم سلسها وللآخر ثلثها وللآخر نصفها يجعلها ستة أسهم . ويلقب الجزء الأول بالسهم الأول والذي يليه بالثانى والثالث على هذا ، ثم يكتب أمهام ويجعلها قرعة ثم يلقيا فى كه . فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول . فإن كان ذلك صاحب السلس فله الجزء الأول ، وإن كان صاحب الثلث فله الجزء الأول والذي يليه ، وإن كان صاحب النصف فله الجزء الأول والذلان يليانه (قوله وقوله فى الكتاب) واضح . قوله (والقرعة لتطبيب القلوب) جواب الاستحسان . والقياس يأبأها لأنه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وذلك قمار ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها فى دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقة . ولكن تركناها هاهنا بالتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير تكبر . وليس فى معنى القمار لأن أصل الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه . وأما ما نحن فيه فليس كذلك ، لأن القاسم لو قال أنا عدلت فى القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيا ، إلا أنه ربما يتهم فى ذلك فيستعمل القرعة لتطبيب قلوب الشركاء ونفى تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ؛ ألا ترى أن ذكرها عليه السلام حيث استعمل القرعة مع الأجيال فى ضم مريم إلى نفسه مع علمه

(قوله بأن يكتب على كاغدة الخ) أقول : هذا ليس يصلح تفسيره لتصوير ما يقسم كما لا يخفى (قوله صورته أرض بين جماعة الخ) أقول : فيه نقض (قوله وليس فى معنى القمار لأن أصل الاستحقاق فيه) أقول : التفسير فى قوله فيه راجع إلى القمار (قوله ألا ترى أن ذكرها عليه السلام) أقول : الظاهر أن يقال : ألا يرى إلى أن الخ

حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير إقراع جاز لأنه في معنى القضاء فيملك الإلزام . قال (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير إلا بتراضهم لأنه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ، ولأنه يفوت به التعديل في القسمة لأن أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لتسلم له (وإذا كان أرض وبناء ؛ فعن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة) لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم . وعن أبي حنيفة أنه يقسم الأرض بالمساحة لأنه هو الأصل في المسوحات ، ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له في المال . ثم يملك تسمية الصداق ضرورة الزويج . . وعن محمد أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصه . وإذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بأن كان لائق العرصه بقيمة البناء فحينئذ يرد للفضل دراهم ، لأن الضرورة في هذا القدر فلا يترك الأصل إلا بها . وهذا يوافق رواية الأصل . قال (فإن قسم بينهم ولأحدهم مسيل في نصيب الآخر أو طريق لم يشترط في القسمة ، فإن أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستطرق في نصيب الآخر لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر

وذلك جائز ، ألا يرى أن يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى - فساهم فكان من المدحفين - وذلك لأنه علم أنه هو المقصود ، ولكن لو ألقى نفسه في الماء ربما نسب إلى مالا يليق بالأنبياء فاستعمل القرعة لذلك ، وكذلك زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الأحيار في ضم مريم إلى نفسه مع علمه بكونه أحق بها منهم لكون خالتها عنده تطيبا لقلوبهم كما قال الله تعالى - إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم - وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرع بين نسائه إذا أراد السفر تطيبا لقلوبهن ، انتهى كلامهم . وعزا في النهاية ومعراج الدراية هذا التفصيل إلى المبسوط .

بكونه أحق بها لكون خالتها عنده تطيبا لقلوبهم . قال (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الخ) جماعة في أبيهم عقاربوا قسمته وفي أحد الجاهنين فضل . فأراد أحدهم أن يكون عوض الفضل دراهم وآخر لم يرض بذلك لم تدخل الدراهم في القسمة ، وإن تراضوا أدخلها لأنه لا شركة في الدراهم والقسمة فيها فيه الشركة . ، ولأنه يفوت التعديل المراد بالقسمة لأن أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته قد لا يصل إليها ، وليس بين ما يصل إليه الرجل في الحال وما لا يصل معادلة ، فلا يصار إليه إلا عند الضرورة ، ولهذا ذهب أبو يوسف رحمه الله فيها إذا كان أرض وبناء إلى أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة ، لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم ، وأبو حنيفة رحمه الله إلى أن الأرض تقسم بالمساحة لأنها الأصل في المسوحات ، ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة الزويج . ومحمد رحمه الله إلى أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصه . فإن لم تف العرصه بقيمة البناء فحينئذ يرد للفضل دراهم لأن الضرورة تحققت في هذا القدر فلا يترك الأصل إلا لها . وهذا يوافق رواية الأصل لأنه قال فيه : يقسم الدار بمذاعة فلا يجعل لأحدهما على الآخر فضلا من الدراهم وغيرها ، كذا في بعض الشروح . قوله (فإن قسم بينهم) يعني إن قسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين ولأحدهما مسيل الماء في نصيب الآخر أو طريق فلا يخلو إما أن يمكن صرف ذلك عنه أو لا (فإن أمكن فليس له أن يستطرق) ويسيل (في نصيب الآخر) سواء كان ذلك مشروطا في القسمة أو لم يكن (لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة) وهو الإفراز والتبني (من غير ضرر) بأن لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق والمسيل إلى غيره فلا تدخل فيه الحقوق وإن شرطت ، بخلاف البيع

(قوله لأنه لا شركة) أقول : تحليل لقوله لم يدخل الدراهم في القسمة (قوله كذا في بعض الشرح) أقول : حتى الإقناع في غاية البيان (قوله سواء كان ذلك مشروطا) أقول : بذكر الحقوق (قوله أمكن تحقيق معنى القسمة إلى قوله : بأن لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق الخ) أقول : قوله بأن متعلق بقوله تحقيق ، وقوله بصرف الطريق متعلق بقوله لا يبقى .
(٥٦ - تكملة قدم القدر حتى - ٩)

(وإن لم يمكن فسخت القسمة) لأن القسمة مختلة ببقاء الاختلاط فستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة ، لأن المقصود منه تملك العين ، وأنه يجامع تعذر الانتفاع في الحال . أما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك إلا بالطريق ، ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول كذلك الجواب ، لأن معنى القسمة الإفراز والتمييز ، وتعم ذلك بأن لا يبق لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل إلى غيره من غير ضرر فيصير إليه . بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل ، لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التملك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره . وفي الوجه الثاني يدخل فيها لأن القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبارها . وفيها معنى الإفراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا ، فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص ، بخلاف الإجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص ، لأن كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل إلا بإدخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ، إن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم) لتحقق الإفراز بالكلية دونه (وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم) لتحقق تكميل المنفعة فيها وراء الطريق (ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله) لأن الحاجة تندفع به (والطريق على ساهمهم كما كان قبل القسمة) لأن القسمة فيها وراء الطريق لا فيه (ولو شرطوا أن يكون الطريق

أقول : بين أول كلامهم هذا وآخره تداخل ، لأنهم صرحوا أولا بأن مشروعية استعمال التركة هاهنا جواب الاستحسان ، والقياس يأتي ذلك لكونه في معنى القمار وقالوا آخر إن هذا ليس في معنى القمار . وبينوا الفرق بينه وبين القمار ، وذكرنا ورود

فإنها إذا شرطت فيه دخلت لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التملك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره فلا تدخل إلا بالشرط (وإن لم يمكن) فإذا أن بشرط ذلك في القسمة أولا ، فإن كان الثاني (فسخت القسمة لأنها مختلة لما فيه من الضرر وبقاء الاختلاط فستأنف ، وهذا بخلاف البيع) فإنه إذا باع دارا أو أرضا ولا يتمكن المشتري من الاستطراق ولا من تسهيل الماء ولم تذكر الحفر فإنه (لا يفسد) لأن المقصود منه تملك العين وأنه يجامع تعذر الانتفاع في الحال (كما لو اشترى جحشا صغيرا) وأما القسمة فإنها لتكميل المنفعة ، ولا يتم ذلك إلا بالطريق (وإن كان الأول يدخل فيها لأن القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل ، فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل ، وفيها معنى الإفراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا ، فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص . ونقرر أنه أن القسمة تكميلا وإفرازا ، والحقوق بالنظر إلى التكميل تدخل وإن لم تذكر . وبالنظر إلى الإفراز لا تدخل وإن ذكرت لأن دخولها يناق الإفراز ، قلنا : تدخل عند التنصيص ولا تدخل عند علمه إعصاا الوجهين بقدر الإمكان ، بخلاف الإجارة حيث تدخل فيها بدون التنصيص لأن كل المقصود الانتفاع وهو لا يحصل إلا بإدخال الشرب والطريق ، فيدخل من غير ذكر (ولو اختلف الشركاء في رفع الطريق بينهم عن القسمة) فقال بعضهم : لا ندع طريقا مشتركا بيننا بل نقسم الكل . وقال بعضهم : بل ندع ينظر القاضي في حاله إن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم بغير طريق يترك للجماعة (لتحقق الإفراز بالكلية دونه) أي دون رفع الطريق (وإن كان لا يستقيم رفع طريقا بين جماعتهم لتحقق تكميل المنفعة فيها وراء الطريق . ولو اختلفوا في مقداره) أي في سعة الطريق وضيقه وطوله فقال بعضهم : نجعل سعة الطريق أكبر من عرض الباب الأعظم وطوله من الأعلى إلى السماء . وقال بعضهم غير ذلك (جعل على عرض الباب وطوله لأن الحاجة تندفع به) فلا فائدة في جعله أعرض من ذلك ، وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الأعلى هي أن أحد الشركاء إذا أراد أن يشرع جناحا في نصيبه ، إن كان فوق طول الباب كان له ذلك لأن الهواء فيها زاد على طول الباب مقسوم

(قوله فلا يدخل إلا بالشرط) أقول : في التصريح نوع تأمل .

بينهما أثلاثا جاز وإن كان أصل الدار نصفين) لأن القسمة على التفاضل جائزة بالتراضى . قال (وإذا كان سفلا لعلو عليه وعلو لاسفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا يعتبر بنير ذلك) قال رضى

نلائر لى الكتاب والسنة . فقد دل ذلك على أنه ليس مما يأباه القياس أصلا بل هو مما يقتضيه القياس أيضا فدلها (قوله وإذا كان سفلا لعلو له وعلو لاسفل له وسفل له علو إلى آخره) قال صاحب العناية : صورة المسئلة أن يكون علو مشترك بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشترك بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشترك بينهما وللكل فى دار واحدة أو فى دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضى القسمة . وإنما قيدنا بذلك لتلا يقال تقسم العلوم مع السفلى قسمة واحدة إذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند أبى حنيفة رحمه الله انتهى . وقد أخذ الشارح الزبور ذلك التقيد لما ذكر فى النهاية ومعراج الدراية من السؤل والجواب بأن يقال : فإن قيل : كيف يقسم العلوم مع السفلى قسمة واحدة عند أبى حنيفة ومن منهجه أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة إذا لم تكن فى دار واحدة ؟ قلنا : موضوع المسئلة أنهما كانا فى دار واحدة ، والبيتان فى دار واحدة عند أبى حنيفة يقسم قسمة جمع . ولئن كانا فى دارين فهو محمول على ما إذا تراضيا على القسمة ، ولكن طلبوا من القاضى المعادلة فيما بينهم . وعند أبى حنيفة تجوز القسمة على هذا الوجه حالة الرضا انتهى . وقد ذكر هذا السؤل والجواب فى الذخيرة أيضا ، ففى المأخذ الأصل . أقول : فى إشكال من حيث الرواية والدراية . أما الأول فلأن ذلك التقيد يخالف لروايات عامة الكتب ، منها ما ذكره المصنف فى الفصل السابق حيث قال : والبيوت فى عمل أو محال تقسم قسمة واحدة لأن التفاضل فيها يسير انتهى . ولا شك أن المحلة فوق الدار ، فإذا قسمت البيوت فى محال متعددة قسمة واحدة بالإجماع ، فلأن قسمت فى دور متعددة قسمة واحدة بالإجماع أولى كما لا يخفى . ومنها ما ذكره صاحب الكافى فى الفصل السابق حيث قال : ثم هى على ثلاثة فصول عند أبى حنيفة : الدور ، والبيوت ، والمنازل . فالدور لا تقسم عنده قسمة واحدة إلا برضا الشركاء سواء كانت متباعدة أو متلازمة ، والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متباعدة أو متلازمة ، لأنها لا تتفاوت فى معنى السكنى ولهذا تؤجر بأجرة واحدة فى كل محلة . والمنازل المتلازمة كالبيوت تقسم قسمة واحدة ، والمتباعدة كالدور لا تقسم قسمة واحدة لأن المنزل فوق البيت ودون الدار ، فألحقت المنازل بالبيوت إذا كانت متلازمة ، وبالدور إذا كانت متباعدة . وقالا فى الفصول كلها : ينظر القاضى إلى أعدل الوجوه ليعضى القسمة على ذلك انتهى . وهكذا ذكر فى الفصل السابق فى عامة الشروح حتى قال فى العناية هناك : والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها فى معنى السكنى . ومنها ما ذكره الإمام قاضىخان فى فتاواه حيث قال : وإن كان بين الرجلين بيتان لئن يجمع نصيب أحدهما فى بيت واحد متصلين كانا أو منفصلين ، ولو كان بينهما منزلان إن كانا منفصلين فهما كالدارين لا يجمع نصيب أحدهما فى منزل واحد ولكنه يقسم كل منزل قسمة على حدة ، ولو كانا متصلين فهما كالبيتين له أن يجمع نصيب أحدهما فى منزل واحد ، وهذا كله قول أبى حنيفة . وقال أصحابه : الدار والبيت سواء والرأى فيه للقاضى انتهى .

بينهم فكان بانيا على خالص حقه ، وإن كان فى دون طول الباب يمنع من ذلك لأن قدر طوله مشترك بينهم فصار بانيا على الهواء المشترك . وهو لا يجوز من غير رضا الشركاء ، وإن كان المقسوم أرضا يرفع من الطريق بمقدار ما يمر فيه ثور واحد ، لأنه لا بد للزراعة من ذلك ، ولا يعمل بمقدار ما يمر فيه ثوران معا ، وإن كان محتاجا إلى ذلك لأنه كما يحتاج إلى هذا يحتاج إلى العجلة فيؤدى إلى الإلتئام . كلما فى النهاية ، وباقى كلامه واضح . قال (وإذا كان سفلا لعلو له) صورة المسئلة أن يكون علوا مشتركا بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشتركا بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشتركا بينهما وللكل فى دار واحدة أو فى دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضى القسمة ، وإنما قيدنا بذلك لتلا يقال : تقسم العلوم مع السفلى قسمة واحدة إذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند أبى حنيفة رحمه الله ، وإذا ظهر ذلك فاعلم أن علامتا رحمهم الله اختلفوا فى كيفية قسمة ذلك ، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهم الله : يقسم بالنوع لأنه الأصل فى القسمة فى المبدوع لكون الشركة فيه لا فى القيمة . وقال محمد رحمه الله يقسم بالقيمة . فإن كانت قيمتهما سواء كان فروع بئرا ، وإن كانت قيمة أحدهما

الله عنه : هذا عند محمد رحمه الله : وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : يقسم بالذرع . لحمد أن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذ بئر ماء أو سرداباً أو إصطبلًا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة . وهما يقولان إن القسمة بالذرع هي الأصل ، لأن الشركة في المنزوع لا في القيمة فيصير إليه ما أمكن . والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق . ثم اختلفا فيها بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة رحمه الله : ذراع من سفلى بذراعين من علو . وقال أبو يوسف رحمه الله : ذراع بذراع . قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفلى على العلو واستوائهما وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى . وقيل هو اختلاف معنى . ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن منفعة السفلى تربو على منفعة العلو بضعفه لأنها تبقى بعد فوات

ومنها ما ذكره صاحب البدائع حيث قال : وأما البئنان فيقسمان قسمة جمع بالإجماع متصليين كانا أو منفصلين اهـ . إلى غير ذلك من المعبرات . ولا ينبغي على ذي فطنة أن مدلول كل واحد منهما أن يقسم البئنان أو البيوت عنده قسمة واحدة على الإطلاق . وأما الثاني فالأنه إن أريد بالراضى في قوله أو في دارين لكن تراضيا على القسمة تراضيا فيما بينهما على قسمة معينة لزم أن لا يتقسم بيان الخلاف في هذه المسئلة بين أئمتنا الثلاثة على الوجه المفضل في الكتاب . إذ يرتفع الخلاف حينئذ بالكلية . فإنه يجوز القسمة على وفق تراضيهما على شيء معين كيما كان بلا خلاف من أحد . ألا يرى أن الدور مطلقا لا تنقسم قسمة واحدة عند أبي حنيفة . وعند تراضى الشركاء فيما بينهم على تلك القسمة تقسم بها عنده أيضا كما صرحوا به قاطبة . وإن أريد بالراضى المذكور تراضيا على مجرد القسمة بدون تعيين شيء كما هو الظاهر من عبارة النهاية ومراجع الدرية والخيرية وهي قولهم : ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما إذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم لم يفد التقييد بذلك شيئا لأنهما إنما تراضيا حينئذ على القسمة المعادلة ، فإن كان مذهب أبي حنيفة أن البيوت المتفرقة لا تنقسم قسمة واحدة . فالظاهر أن وجهه عدم إمكان التعديل في قسمتها قسمة واحدة كما قال في الدور . فلماذا يمكن التعديل فيها فكيف يجوز بمجرد تراضيهما على القسمة مع طلب المعادلة فيها . وبالحيلة لا يرى معنى فقهي فارق بين صدور التصريح بالراضى على ذلك المعنى منها وعدم صدوره ، فما معنى اختلاف جواب المسئلة في صورتين فتأمل (قوله لحمد أن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذ بئر ماء أو سرداباً أو إصطبلًا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة) أقول : كان الظاهر في التعليل من قبل محمد أن يزاد على قوله إن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلو ، وإن العلو يصلح لما لا يصلح له السفلى كدفع ضرر الندى في موضع يكثر فيه الندى واستنشاق الهواء الملائم وغير ذلك ، فإن مجرد صلاحية السفلى لما لا يصلح له العلو بدون العكس تقتضى تفضيل السفلى على العلو مطلقا كما هو مذهب أبي حنيفة . فلا ينافى تقسيم ذراع من سفلى بذراعين من علو . بخلاف تفضيل السفلى مرة وتفضيل العلو أخرى فإنه ينافى القسمة بالذرع أصلا ويقتضى المنصير إلى القسمة بالقيمة ليتحقق التعديل . وعن هذا قال فيما سبأني : ولحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالإضافة إليهما ، فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة . وقال : وللتوى اليوم على قول محمد (قوله قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفلى على العلو واستوائهما وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واختلف المشايخ بأن

نصف قيمة الآخر بحسب ذراع بذراعين . وعلى هذا الحساب لأن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلو من حفر البئر واتخاذ السرداب والإصطبل وغيرها فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة . ثم اختلف الشيخان في كيفية القسمة بالذرع . فقال أبو حنيفة : ذراع سفلى بذراعين من علو . وقال أبو يوسف : ذراع بذراع . واختلف المشايخ بأن معنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان في تفضيل السفلى على العلو أو العكس من ذلك أو استوائهما أو هو معنى فقهي . فقال بعضهم : أجاب كل واحد منهم

(قوله أو هو معنى فقهي) أقول : منطوق على قوله اختلاف عادة أهل عصر .

العلو . ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفلى ، وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى ، وفي العلو السكنى لا غير إذ

معنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان في تفضيل السفلى على العلو أو العكس من ذلك أو استوائهما ، أو هو معنى فقهي فقال بعضهم : أجاب كل منهم على عادة أهل عصره . أجاب أبو حنيفة بناء على ما شاهد من أهل الكوفة في اختيار السفلى على العلو ، وأبو يوسف بناء على ما شاهد من أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفلى في منفعة السكنى . ومحمد بناء على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفلى مرة والعلو أخرى انتهى . أقول : في أوائل تحريره خلل حيث قال أو العكس من ذلك . ولا يخفى أن عكس تفضيل السفلى على العلو مطلقاً إنما هو تفضيل العلو على السفلى مطلقاً ، وهو ليس بمذهب أحد في الاختلاف المذكور ، وإنما المنعيب فيه تفضيل السفلى على العلو مطلقاً كما قال به أبو حنيفة واستوائهما كما قال به أبو يوسف ، وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى كما قال به محمد ، وليس الثالث بعكس الأول كما لا يخفى . والله در صاحب الهداية في حسن تحريره وإصابته حيث قال في تفضيل السفلى على العلو واستوائهما وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى : فأصاب الحزب في إفادة عين المذهب الثلاثة الواقعة في الاختلاف المذكور . كما ترى (قوله وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير) قال بعض الفضلاء : هنا مخالف لقوله والمراعى التسوية في السكنى لا المرافق ، إلا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر . أقول : ليس ذلك بسديد ، أما أولاً فلأن معنى قوله فيما مر والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق أن المرافق في نفس القسمة بالذرع التي هي الأصل التسوية في السكنى لا في المرافق ، إذ الاتحاد في الجنس يحصل بالاتحاد في منفعة السكنى بدون الاتحاد في المرافق . فيصير إلى ما هو الأصل عند الاتحاد في الجنس من قسمة العين دون القيمة . ومراعاة ما هنا بقوله وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير بيان مراعاة منفعة غير السكنى أيضاً في كيفية القسمة عند أي حنيفة وهي ذراع من سفلى بمرأعين من علو ، ولا بعد في أن يراعى في كيفية القسمة بالذرع ما لا يراعى في نفس القسمة بالذرع . فإن نفس القسمة بالذرع قد تتحقق منفعة عن تلك الكيفية كما في قسمة البيت السفلى فقط أو العلوى فقط فلا مخالفة بين الكلامين في المقامين كما لا يخفى . وأما ثانياً فلأنه لا معنى لقوله إلا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة ، فإن المذكور فيما مر بقوله والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق إنما هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف والمذكور ما هنا بقوله وكذا السفلى فيه منفعة السكنى إلى آخره إنما هو وجه قول أبي حنيفة وحده .

على عادة أهل عصره : أجاب أبو حنيفة بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفلى على العلو ، وأبو يوسف بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفلى في منفعة السكنى ، ومحمد على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفلى مرة والعلو أخرى . وقال بعضهم : بل بناء على معنى فقهي . ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن منفعة السفلى تربو على منفعة العلو بضعفها لأنها تبقى بعد فوات العلو دون العكس . وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى ، وفي العلو منفعة السكنى لا غير . إذ لا يمكن البناء على عاوه إلا برضا صاحب السفلى فيعتبر ذراعاً من منه بمرأع من السفلى . ولأبي يوسف رحمه الله أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه ، والمنفعتان متاثلتان لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله . ومحمد رحمه الله أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالإضافة إليهما ، فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة . وقوله لا يقتصر إلى التفسير . وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو الجرد ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل . لأن العلو عنده مثل نصف السفلى ، فثلاثة وثلاثون وثلاث من العلو الكامل في مقابلة مثله من العلو الجرد . وثلاثة وثلاثون وثلاث من سفلى الكامل في مقابلة ستة وستين وثلاثين من العلو الجرد فذلك تمام مائة ، ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفلى الجرد ستة وستون وثلاث ذراع من البيت الكامل ، لأن علوه مثل نصف سفله ، فستون وثلاثين من

(قال المستف : وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى) أقول : مخالف لقوله والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ، إلا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر .

لا يمكنه البناء على علوه إلا برضا صاحب السفلى ، فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفلى . ولأني يوسف أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه ، والمنفعتان متاثلتان لأن لكل واحد منهما أن يفعل مالا يضر بالآخر على أصله . ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالإضافة إليهما فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة . والقنوى اليوم على قول محمد رحمه الله . وقوله لا يفتر إلى التفسير ، وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل لأن العلو مثل نصف السفلى فثلاثة وثلاثون وثلاث من السفلى ستة وستون وثلاثان من العلو المجرد ومعه ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من العلو فباعت مائة ذراع تساوى مائة من العلو المجرد ، ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلاثا ذراع . لأن علوه مثل نصف سفله فباعت مائة ذراع كما ذكرنا . والسفلى المجرد ستة وستون وثلاثا لأنه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله . وتفسير قول أبي يوسف أن يجعل بإزاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفلى المجرد . ومائة ذراع من العلو المجرد . لأن السفلى والعلو عنده سواء ، فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفلى وخمسون منها علو . قال (وإذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) قال رضى الله عنه : هذا الذى ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : لا تقبل . وهو قول أبي يوسف أولا ، وبه قال الشافعى . وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضى وغيرهما سواء . لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل ، كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله . ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لاعلى فعل أنفسهما لأن فعلهما التميز ولا حاجة إلى الشهادة عليه . أو لأنه لا يصلح مشهودا به لما أنه غير لازم ، وإنما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه . وقال الطحاوى : إذا قسما بأجر لا تقبل الشهادة بالإجماع ، وإليه مال بعض المشايخ لأنهما يدعيان إيفاء عمل استوجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل . إلا أنا نقول : هما لا يجبران بهذه الشهادة إلى أنفسهما مغنا

وما ذكره محمد بمعزل عن ذينك القولين معا فلا تأثير للفرق بين ما ذكره محمد ، وما ذكره أبو حنيفة في دفع المخالفة بينهما كما ادعاهما ، على أن قوله وهو غير ظاهر ليس بصحيح ، إذ لاشك في ظهور الفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة كما ترى (قوله ولأني يوسف أن المقصود أصل السكنى) أقول : حتى التحرير أن يقال : إن أصل المقصود هو السكنى ، وهذا ظاهر للظن المتدبر في المقام (قوله والسفلى المجرد ستة وستون وثلاثا لأنه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله) قال بعض الفضلاء : قوله والسفلى المجرد إلى آخره مستترك لاحاجة إليه كما لا يخفى انتهى . أقول : دعوى استدراكه بالكيفية خروج عن دائرة الإنصاف ، فإن قوله فيما قبل لأن العلو مثل نصف السفلى ليس ببيان كامل لقوله ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلاثا ذراع ، وإنما يكمل البيان بقوله والسفلى المجرد : أى سفلى البيت الكامل ستة وستون وثلاثا لأنه

السفلى الكامل بمقابلة مثله من السفلى المجرد ستة وستون وثلاثا من علو الكامل في مقابلة ثلاثة وثلاثين وثلاث ذراع من السفلى المجرد فذلك تمام مائة . وتفسير قول أبي يوسف رحمه الله ظاهر على ما ذكر في الكتاب (قوله وإذا اختلف المتقاسمون) فقال بعضهم بعض نصيبى في يد صاحبي (وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) ذكره القندورى ولم يذكر خلافا ، وكأنه مال إلى قول الخصاف فإنه ذكر قول محمد كقولهما . وقوله أو لأنه : أى التميز لا يصلح مشهودا به لما أنه غير لازم قبل ، لأن الرجوع

(قوله في السفلى المجرد) أقول : الظاهر أن يقال من السفلى (قال المصنف : والسفلى المجرد ستة وستون) الخ) أقول : قوله والسفلى المجرد الخ مستترك لاحاجة إليه كما لا يخفى .

لائفاق الخصوم على إيفائهما العمل المستأجر عليه وهو التميز ، وإنما الاختلاف في الاستيفاء فانضت التهمة (ولو شهد قاسم واحد لا تقبل) لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ، ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال إلى آخر يقبل يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في إلزام الآخر إذا كان منكرا ، والله أعلم .

(باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها)

قال (وإذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيئا في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك إلا بينة) لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصلح إلا بحجة (فإن لم يكن له بينة استخلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب التاكل والمدمى فيقسم بينهما على قدر أنصباهما ، لأن النكول حجة في حقه خاصة نهف العلو فيجعل بمقابلة مثله : أي بمقابلة مثله من السفلى المجرد الذي لا علو عليه أصلا . نعم حتى البيان أن يؤخر قوله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا على قوله فيجعل بمقابلة مثله تبصر تفهم .

(باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها)

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التي عسى أن تقع وأن لا تقع أخر ذكرها . قال صاحب العناية أخذا من غاية البيان : والأصل في هذا الباب أن الاختلاف إما أن يكون في مقدار ما حصل بالقسمة أو في أمر بعد القسمة ، فإن كان الأول تحالفا وتضخ القسمة إن لم يكن في دعواه متناقضا ، وإن كان الثاني فتحكه البينة على المدعى واليمين على من أنكره . واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال : فيه بحث ، فإنهم إذا اختلفوا في القسمة والتقسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي والغبن يسير لا تحالفت فيه ولا بينة ولا يمين كما يحكى انتهى . أقول : ذلك متدفع ، فإن الظاهر أن المقسم في الأصل المزبور هو الاختلاف الملصق إليه المتبر في الشرع ، وما ذكره ذلك المعترض من الصورتين وهما الاختلاف في القسمة فيما إذا كانت القسمة بالتراضي والاختلاف فيه فيما إذا كانت بقضاء القاضي ، ولكن الغبن يسير خارج عن المقسم المذكور لعدم الالتفات إليه في الشرع كما سيحىء ، فلا يرد به النقص على شيء من التقسيم المذكورين في الأصل المزبور (قوله فإن لم تكن له بينة استخلف الشركاء) لأنهم لو أقرؤا لزهمهم . فإذا أنكروا استخلفوا لرجاء النكول ، كلما في الكافي وعامة الشروح .

صحيح قبل القبض ، وهو صحيح إذا كانت القسمة براضيهما . أما إذا كان القاضي أوثانيه يقسم فليس لبعض الشركاء أن يأتي ذلك بعد خروج بعض السهام ، والباقي واضح .

(باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها)

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من عوارض القسمة أخر ذكرها . والأصل في هذا الباب أن الاختلاف إما أن يكون في مقدار ما حصل بالقسمة أو في أمر بعد القسمة ، فإن كان الأول تحالفا وتضخ القسمة إن لم يكن في دعواه متناقضا . وإن كان الثاني فتحكه البينة على المدعى واليمين على من أنكره فعلى هذا إذا ادعى أحدهم الغلط في القسمة وزعم أن مما أصابه شيئا في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك إلا بينة لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصلح إلا بحجة كالشترى إذا ادعى لنفسه خيار الشرط ، فإن أقامها فقد نوز دعواه بها ، وإن عجز عنها استخلف الشركاء ، لأنهم لو أقرؤا

(باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق)

(قوله فإن كان الأول تحالفا الخ) أقول : وفيه بحث ، فإنهم إذا اختلفوا في القسمة والتقسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي والغبن يسير لا تحالفت فيه ولا بينة ولا يمين كما يحكى . (قوله وإن عجز عنها استخلف الشركاء لأنهم لو أقرؤا لزهمهم الخ) . أقول : لو صح للد على

فيحاملان على زعمهما . قال رضى الله عنه : ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً لتناقضه . وإليه أشار من بعد (وإن قال قد استوفيت حتى وأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه) لأنه يدعى عليه النصب وهو مذكر (وإن قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إلى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفاً وفسخت القسمة)

وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال : لوضح هذا للدلالة على وجوب تحليف المقر له إذا ادعى المقر أنه كذب في إقراره مع أنه لا تحليف عليه عند أبي حنيفة ومحمد انتهى . أقول : ليس ذلك بوارد إذ قد تقرر في كتاب الإقرار أن حكم الإقرار ظهور المقر به بلا تصديق من المقر له إلا في نسب الولاد ونحوه . ولكن يرد الإقرار برد المقر له ، إلا بعد تصديقه . فإنه لا يرد حينئذ أصلاً فإذا تقرر ذلك فادعاه المقر أنه كذب في إقراره إن كان بعد تصديق المقر له إياه في إقراره لا يبدل ما ذكره هاجمنا على وجوب تحليف المقر له هناك إذ لا يمتشى فيه أن يقال لو أقر المقر له بكذب المقر في إقراره بعد تصديقه إياه في إقراره لزمه ذلك ، فإن الإقرار لما لم يرد بعد تصديق المقر له لم يلزم المقر له بعد ذلك بشيء بإقراره بكذب المقر في إقراره . وإلا لزم أن يرد الإقرار الأول برد المقر له ذلك بعد تصديقه إياه ، وإن كان ذلك الادعاء قبل تصديق المقر له للمقر في إقراره فلا يبدل ما ذكره هاجمنا أيضاً على ذلك ، فإنه يمتشى فيه أن يقال : لو أقر المقر له بكذب المقر في إقراره لزمه ذلك . ولكن لا يمتشى فيه أن يقال فإذا أنكر استحل كما قالوا فيما نحن فيه . لأنه إذا أنكر ذلك كان مصداقاً له في إقراره . لأن إنكار كذبه في إقراره يقتضى تصديقه في إقراره ، فبعد ذلك لا يقبل الإقرار الرد فلا فائدة في استغلافه ، ولذلك لم ينب تحليف المقر له هناك عند أبي حنيفة ومحمد ، بخلاف ما نحن فيه ، تأمل فيما قلنا قلل فيه دقة . ثم أقول : لكن بقي فيما ذكرنا شيء وهو أن قولهم لرجاء النكول في قولهم فإذا أنكروا استحلوا لرجاء النكول إنما يرتبط بما قبله على قول من قال إن النكول إقرار . وأما على قول من قلل إنه بطلان لإقرار كما ذهب إليه أبو حنيفة على ما مر في كتاب الدعوى مفصلاً فلا فإنه إذا لم يكن إقراراً لا يلزم من لزوم إقرارهم لو أقرروا وجوب استحلانهم إذا أنكروا لرجاء النكول فلا يرتبط آخر كلامهم بأوله كما لا يخفى على الفطن (قوله قال رضى الله عنه : ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً لتناقضه) قال صدر الشريعة في شرح الوقاية بعد نقل هذا عن الهداية : وفي المبسوط وفي فتاوى قاضيخان ما يؤيد هذا . وقال : وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل التقاسم في إقراره باستيفائه حقّه ، ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك الإقرار عند ظهور الحق انتهى . وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة : وفيه بحث ، فإن مثل هذا الإقرار إن كان مانعاً عن حصة الدعوى لاتسع البيئة لا ابتناءً على صحة الدعوى . وإن لم يكن مانعاً ينبغي أن يتحالفاً . أقول : يمكن أن يقال : إنه ليس بمنع عن حصة الدعوى . ولا ينبغي أن يتحالفاً بناء على ما حققه صاحب الذخيرة حيث قال : وأما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة فنوعان : نوع يوجب التحالف . ونوع لا يوجب التحالف . والذي يوجب التحالف أن يدعى أحد المتخاصمين غلطاً في مقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعياً

لزمهم فإذا أنكروا استحلوا لرجاء النكول . فمن حلف لاسيول عليه . ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعى كما ذكر في الكتاب ، ولا يتحالف لوجود التناقض في دعواه . قال المصنف رحمه الله (ينبغي أن لا يقبل دعواه أصلاً) يعني وإن أقام البيئة لتناقضه . لأنه إذا أشهد على نفسه : أي أقر بالاستيفاء والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بكامله كان الدعوى بعد ذلك تناقضاً . قوله (وإليه أشار من بعد) يريد قوله (وإن قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إلى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء)

وجوب تحليف المقر له إذا ادعى المقر أنه كذب في إقراره ، مع أنه لا تحليف عليه عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله (قال المصنف : ينبغي أن لا يقبل دعواه) أقول : قال صدر الشريعة في شرح الوقاية : وفي المبسوط وفي فتاوى قاضيخان ما يؤيد هذا . وقال : وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل التقاسم في إقراره باستيفائه حقّه ، ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك الإقرار عند ظهور الحق انتهى . وفيه بحث ، فإن مثل هذا الإقرار إن كان مانعاً عن حصة الدعوى لاتسع البيئة لا ابتناءً على صحة الدعوى ، وإن لم يكن مانعاً ينبغي أن يتحالفاً .

لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم (ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت إليه) لأنه دعوى الفين ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود الرأضي، إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي والفين فاحش (لأن تصرفه مقيد بالعدل

الفص ببدعى الغلط، والذي لا يوجب التحالف أن يدعى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجه يكون مدعى الفص ببدعى الغلط، وقال في النوع الأول: وإنما وجب التحالف لأن القسمة في معنى البيع، وفي البيع إذا وقع الاختلاف في مقدار المقود عليه يتحالفان إذا كان قائما هكذا في القسمة، وقال: هذا إذا لم يسبق منهما إقرار باستيفاء الحق، وأما إذا سبق لا تسمع دعوى الغلط إلا من حيث الفص، وقال في النوع الثاني: إذا كان يجب التحالف باعتبار اختلافهما في مقدار الواجب بالقسمة كما في النوع الأول، فباعتبار دعوى الفص لا يجب التحالف كما في سائر المواضع، والتحالف أمر عرف بخلاف القياس فإذا وجب من وجه دون وجه لا يجب انتهى، فخلص منه وجه عدم وجوب التحالف في إذا أشهد على نفسه بالاستيفاء مع استماع دعواه كما وقع في من الكتاب فحصل به الجواب عن بحث ذلك القائل قطعا، بل حصل به الجواب عما قاله صاحب الهداية أيضا من غير حاجة إلى التكلف الذي ذكره صدر الشريعة، لأن دعوى الغلط على وجه يتضمن دعوى الفص بعد الاستيفاء كما هو النوع الثالث من النوعين المذكورين في الفخيرة لا ينافض الإقرار باستيفاء حقه من قبل كما لا يخفى على المتأمل (وقوله لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم) أقول: فيه بحث، وهو أن ما تقدم في باب التحالف من كتاب الدعوى هو أن التحالف في إذا اختلف المتبايعان في المبيع قبل القبض على وفاق القياس، لأن أحد المتبايعين يدعى الزيادة والآخر ينكرها، وإن الآخر يدعى وجوب تسليم البذل بما قاله وأحدهما ينكره فصار كل واحد منهما منكرا فيحلف، وأما بعد القبض فمخالف للقياس لأن القباض منهما لا يدعى شيئا حتى ينكره الآخر فيحلف عليه، لكننا عرفنا للتحالف فيه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام: إذا اختلف المتبايعان والسلمة قائمة بينهما تحالفا وترادا، فإذا تقرر ذلك ففيما نحن فيه أحد الشريكين قابض نصيبه فإنه ذو اليد ولا يدعى على الآخر شيئا، وإنما يدعى الآخر عليه بعض ما في يده فكان التحالف فيه مخالفا للقياس، ولا مجال لإجراء النص المزبور هنا لا بطريق القياس لأن ذلك النص كان واردا في البيع على خلاف القياس، وقد هجر عندهم أن ما يرد على خلاف القياس يخص بمورده، ولا بطريق دلالة النص، لأن القسمة ليست في معنى البيع من كل وجه إذ فيها معنى الإفراز والمبادلة معا كما مر في صدر كتاب القسمة، والبيع مبادلة محضة ليس فيه معنى الإفراز، ولا بد في الإلحاق بطريق الدلالة من الأولوية أو التساوي على ما عرف

وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة، لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع، ووجه الإشارة أن هذا المعنى قد وجد في الصورة الأولى، ولا تحالف فيها ولا سبب له سوى كون التناقص مانعا لصحة الدعوى، وإذا كان التناقص موجودا وجب أن لا يتقبل دعواه أصلا، وإن قال قد استوفيت حتى وأخذت بعضه وعجز عن إقامة البينة فالقول قول خصمه مع يمينه لأنه يدعى عليه الفص وهو ينكر، ولو اختلفا في التقويم فلا يخلو إما أن يكون يسيرا أو فاحشا لا يدخل تحت تقويم المقومين، فإن كان الأول لم يلتفت إلى دعواه سواء كانت القسمة بالرأضي أو بقضاء القاضي، لأن الاحترار عن مثله عسر جدا، وإن كان الثاني، فإن كانت القسمة بقضاء القاضي فسخت لأن الرضا منهم لم يوجد، وتصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد، وإن كانت بالرأضي لم يذكره محمد رحمه الله، وحكى عن الفقيه أبي جعفر المتنوني رحمه الله أنه كان يقول: لقاتل أن يقول: لا تسمع هذه الدعوى لأن القسمة في معنى البيع ودعوى الفين فيه من المالك لا وجب تقضه

(وقوله ووجه الإشارة أن هذا المعنى الخ) أقول: بل وجه الإشارة أنه فهم من تنبيه المسئلة بقوله ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء أنه إن أشهد لا يتحالفان على ما هو المقرر في الروايات لأن دعواه لم تصح للتناقص، فإذا منع التناقص للتحالف بمنع قبول الدعوى أيضا تأمل.

(ولو اقتسنا دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهم بيتا في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه إقامة البينة) لما قلنا (وإن أقاما البينة يوتخذ بينة المدعى) لأنه خارج ، وبينة الخارج ترجع على بينة ذى اليد (وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفا وتراذفا) . وكذا إذا اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذى هو في يد صاحبه (لما بينا) وإن قامت لأحدهما بينة قضى له . وإن لم تقم لواحد منهما تحالفا) كما في البيع .

(فصل)

قال (وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تنسخ القسمة عند أى حنيفة ورجع بخصه ذلك في نصيب

في موضعه ولم يوجد شيء منها هنا فليتأمل في الدخ (قوله ولو اقتسنا دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتا في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه إقامة البينة لما قلنا) قال في العناية : قوله لما قلنا إشارة إلى قوله لم يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها انتهى . واستشكله بعض الفضلاء حيث قال : فسخ القسمة ليس بظاهر . فإن المدعى شيء معين وهو البيت ، فإذا نورّ دعواه بالبينة يحكم بالبيت للمدعى انتهى . أقول : الظاهر أن المراد بفسخ القسمة في قوله لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها فسخ القسمة المعينة حال الحصومة الدالة في الظاهر على كون ذلك البيت في نصيب ذى اليد لا فسخ القسمة عن أصلها والاستئناف بقسمة أخرى حتى ينافى ما سيجيء في الفصل الآتي من أنه إذا استحق بعض معين من نصيب أحدهما لا تنسخ القسمة بالإجماع في الصحيح وتحقق فسخ القسمة بالمعنى الأول فينا نحن فيه إذا نورّ دعواه بالبينة ظاهر لا يفتى .

(ففصل)

أما البيع من غير المالك فإنه يقضى بالفنن الفاحش كبيع الأب والوصى . ولقاتل أن يقول : تسمع هذه الدعوى لأن المعادلة شرط في القسمة ، والتعديل في الأشياء المضاوطة يكون من حيث القيمة . فإذا ظهر في القيمة غبن فاحش فأت شرط جواز القسمة فيجب نقضها . والصادر الشهيد حسام الدين رحمه الله كان يأخذ بالقول الأول وهو يختار المصنف رحمه الله . وبعض المشايخ رحمهم الله كانوا يأخذون بالقول الثاني . قوله (ولو اقتسنا دارا) هو عين مسألة أول الباب لكن أعاده لزيادة بيان . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لم يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها . وقوله (وكذا إذا اختلفا في الحدود) قيل صورته : دار اقتسمها رجلان فأصاب أحدهما جانب منه وفي طرف حده بيت في يد صاحبه وأصاب الآخر جانب وفي طرف حده بيت في يد صاحبه فادعى كل واحد منهما أن البيت الذى في يد صاحبه داخل في حده وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذى في يد صاحبه لما بينا : يعنى قوله لأنه خارج وبينة الخارج ترجع على بينة ذى اليد ، والباقي واضح .

(ففصل)

لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق (وإذا استحق بعض نصيب أحدهما) هاهنا ثلاثة أوجه : استحقاق بعض معين

(قوله لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها) أقول : فسخ القسمة ليس بظاهر ، فإن المدعى شيء معين وهو البيت ، فإذا نورّ دعواه بالبينة يحكم بالبيت للمدعى .

(فصل : وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه)

صاحبه . وقال أبو يوسف : تفسخ القسمة) قال رضى الله عنه : ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه ، وهكذا ذكر فى الأسرار . والصحيح أن الاختلاف فى استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما ، فأما فى استحقاق بعض معين لتفسخ القسمة بالإجماع ، ولو استحق بعض شائع فى الكل تفسخ بالاتفاق . فهذه ثلاثة أوجه . ولم يذكر قول محمد ، وذكره أبو سليمان مع أبى يوسف وأبو حفص مع أبى حنيفة وهو الأصح .

لما فرغ من بيان القلط شرع فى بيان الاستحقاق (قوله قال رضى الله عنه : ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر فى الأسرار) أى قال المصنف : ذكر القدرى الاختلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف فى استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما ، وهكذا ذكر الاختلاف فى الأسرار . قال صاحب النهاية : وصفا الحوالة هذه إلى الأسرار وقعت سهوا ، لأن هذه المسئلة المذكورة فى الأسرار فى الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة انتهى . أقول : وتعدية الحوالة بكلمة إلى فى قول صاحب النهاية وصفا الحوالة هذه إلى الأسرار وقعت سهوا أيضا ، والمطابق لصفة تعليلها بكلمة على . وقال صاحب العناية بعد نقل كلام صاحب النهاية بعين عبارته : وأقول : وفى قوله ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه أيضا نظر . فإن قول القدرى وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس ينص فى ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما لا ببعض فيكون تقرير كلامه ؛ وإذا استحق بعض شائع فى نصيب أحدهما بعينه حينئذ يكون الاختلاف فى الشائع

فى أحد النصيبين أو فيهما جميعا . واستحقاق بعض شائع فى النصيبين . واستحقاق بعض شائع فى أحد النصيبين . فى الأول لتفسخ القسمة بالاتفاق . وفى الثانى تفسخ بالاتفاق . وفى الثالث لم تفسخ عند أبى حنيفة رحمه الله ، ولكن يغير إن شاء رجع بخصصة ذلك فى نصيب صاحبه ، وإن شاء رد ما بقى وأقسم ثانيا . وقال أبو يوسف رحمه الله تفسخ ، وعمد مع أبى يوسف على رواية أبى سليمان ومع أبى حنيفة على رواية أبى حفص وهو الصحيح . وصورة المسئلة إن أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقسمهما سواء بأن تكون قيمة الدار ألفا ومائتى درهم مثلا وقيمة الثلث المقدم ستائة درهم وقيمة ما بقى مائة ثم استحق نصف الثلث المقدم . فعدنهما إن شاء قضى القسمة دفعا لميب التفتيق ، وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما فى يده . لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما فى يده وقيمة ثلاثائة ، فإذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمته مائة وخمسون اعتبارا للجزء بالكل فيصير فى يد كل من الشريكين أربعمائة درهم وخمسون درهما والمجموع تسعمائة وهو ثلاثة أرباع ألف ومائتين . قال المصنف رحمه الله (ذكر الاختلاف) يعنى القدرى رحمه الله فى استحقاق بعض بعينه ، وهكذا ذكر فى الأسرار أن الاختلاف فى استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما ، قال صاحب النهاية رحمه الله : وصفا الحوالة هذه إلى الأسرار وقعت سهوا ، لأن هذه المسئلة المذكورة فى الأسرار فى الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة . وأقول : وفى قوله ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه أيضا نظر ، فإن قول القدرى وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس ينص فى ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما لا ببعض ، فيكون تقدير كلامه :

(قوله فى الأول ، إلى قوله : وفى الثالث) أقول : أراد بالأول قوله استحقاق بعض معين ، وأراد بالثانى قوله واستحقاق بعض شائع فى النصيبين ، وأراد بالثالث قوله واستحقاق بعض شائع فى أحد النصيبين (قوله فى الأول لا يفسخ القسمة بالاتفاق) أقول : فى شرح الرقاية لسعد الشريعة ما يوافقه ، ونص عبارته : وإن استحق البعض من نصيب كل واحد ، فإن كان شائعا فسخت القسمة ، وإن كان معينا لم يذكر هذه المسئلة . فأقول : لا يفسخ القسمة بل يحصل هذا للمستحق كأن لم يكن ، فإن كان الباقي فى يد كل واحد بمقدار نصيبه فلا رجوع لأحدهما على صاحبه . وإن نقص من نصيب أحدهما يرجع بالحصة ، كما إذا كانت الدار نصيبين والمستحق عشرة أذرع حصة من نصيب هذا ، وخمسة من ذلك فلا رجوع ، وإن كانت أربعة من هذا وستة من ذلك يرجع الثانى على الأول بذراع . وفى غاية البيان : والمحصل أن المسئلة على ثلاثة أوجه : فى استحقاق بعض معين فى أحد النصيبين أو فيهما جميعا لتنتقض القسمة بالاتفاق انتهى (قوله ليس ينص فى ذلك) أقول : لكنه ظاهر فيه . ويكنى ذلك المصنف (قوله لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما) أقول : الأصل فى إنشاء

لأنّ يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما . والقسمة بدون رضاه باطلة . كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين ، وهذا لأن باستحقاق جزء شائع يتعلم معنى القسمة وهو الإفراز لأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا ، بخلاف المعين . ولهما أن معنى الإفراز لا يتعلم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بأن كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقسما على أن لأحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذلك في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين ، بخلاف الشائع في النصيبين لأنه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفريق نصيبه

لا في المعين انتهى . أقول : لا ينبغي على ذي فطرة سليمة أن كلام القدرى إن لم يكن نصا فيها حل عليه المصنف فهو ظاهر فيه بحيث لا يشبهه على أحد من فحول العلماء . لأنّ قوله بعينه لو لم يكن متعلقا ببعض كان البعض المذكور في هاتيك المسئلة متهما فلا يعلم أن المراد به البعض المعين أو الشائع فيختل وضع المسئلة . وأيضا لو كان قوله بعينه متعلقا بقوله نصيب أحدهما كان لجرد التأكيد بل صار بمنزلة التوفى في مثل هذا المقام . وأما إذا كان متعلقا ببعض يكون تأسيسا مفيدا للسراد مزيل للإيهام فأتى هذا من ذلك . على أن الأصل في أمثال هذا التركيب تعلق القيد بالمضاف دون المضاف إليه كما بين في محله . فتبين أن كلام القدرى ظاهر فيها حل عليه المصنف ، وقد تقرر في علم الأصول أن الظاهر يوجب الحكم قطعا كالنص على أحد معني الفعلى وهو ما يقطع الاحتمال الناشئ عن دليل . إلا أن التفاتت بينهما : أى بين الظاهر والنص إنما يظهر عند التعارض فيقدم النص على الظاهر عنده ولم يعارض الظاهر هنا نص فوجب الحكم بموجبه (قوله لأنّ يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة) قال صاحب الناية في تبليغ هذه المقدمة : أعنى قوله والقسمة بدون رضاه باطلة لأن موضوع المسئلة فيها إذا تراضيا على القسمة لأنه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي انتهى . ومأخذ تعليقه هذا ما نقله صاحب غاية البيان عن الإمام علاء الدين الإسيجاني حيث قال : وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسيجاني في شرح الكافي : وضع المسئلة فيها إذا تراضيا على القسمة لأنه اعتبر القيمة والقسمة بالقيمة عند أبي حنيفة لاتصح إلا عن تراض انتهى . وأورد بعض الفضلاء على

وإذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لا في المعين . لأنّ يوسف رحمه الله أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة ، لأن موضوع المسئلة فيها إذا تراضيا على القسمة لأنه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي . وصار كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين في انعدام معنى القسمة وهو الإفراز . أما فيها ظهر فيه الاستحقاق فواضح ، وأما في النصيب الآخر فلأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا ، بخلاف المعين فإن باستحقاق بعض معين يبقى الإفراز فيها وراعه ، لكنه يتخير إن شاء نقض القسمة من الأصل لأنه مارضئ بها إلا على تقدير المعادلة وقد فانت . ولهما أن معنى الإفراز لا يتعلم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما لأنه لا يوجب الشيوع في نصيب الآخر ، ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بأن كانت دار نصيفين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة نفر والنصف المقدم من هذا النصف لواحد منهم والنصف الآخر بين اثنين على السوية والنصف المؤخر بين هذين الاثنين على السوية أيضا فاقسما الاثنان على أن يأخذ أحدهما نصيبهما من المقدم وربع المؤخر ، وإذا جاز ابتداء جاز انتهاء بطريق الأولى وصار كاستحقاق بيت معين في عدم انتفاء معنى الإفراز . بخلاف الشائع في النصيبين : فإنه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث

تعلقه بالمضاف على ما بين ، ثم الحمل على التأسيس غير من التأكيد فتأمل (قوله لأن موضوع المسئلة فيها إذا تراضيا على القسمة) أقول : لا حاجة إلى القول بوضع المسئلة في صورة التراضي ، فلها إذا كانت بقضاء القاضى يبطل أيضا إذا لم يرض الغائب عما يعمى في شرح قوله ولو أبرأه الزمراء (قوله لأنه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي) أقول : فيه بحث . فإن القيمة معتبرة فيها إذا كانت القيمة بنفسه القاضى أيضا ، بل اعتبارها فيها أكد ، ولها لو كان بالعين للقاضى أحد الطرفين فيفسخ على ما في الدرس السابق (قوله فاقسما الاثنان)

في التصيين . أما هاهنا فلا ضرر بالمستحق فافترقا . وصورة المسئلة : إذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتما سواء ثم استحق نصف المقدم ، فندعها إن شاء نقض القسمة دفعا لميلب التشقيص ، وإن شاء رجع على صاحبه برجع ما في يده من المؤخر ، لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده ، فإذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل . ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي شائعا رجع برجع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض . وعند أبي يوسف : ما في يد صاحبه بينهما نصفان ، ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده ، والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنقد البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه .

قول صاحب العناية لأن موضوع المسئلة فيما إذا ترانسا على القسمة حيث قال : لا حاجة إلى القول بوضع المسئلة في صورة الراضي . فإنها إذا كانت بقضاء القاضي تبطل إذا لم يرض الغائب على ما يبيىء في شرح قوله ولو أبرأه الغرماء انتهى . أقول : ليس ذلك بصحيح . إذ لا شك أن القسمة بين الورثة إذا كانت بقضاء القاضي لا تبطل بعدم رضا الغائب : ألا يرى إلى ما مر في الكتاب في أوائل كتاب القسمة من قوله وإذا حضر وارثان وأقاما البيعة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب للغائب وكيلًا يقبض نصيبه انتهى . ولو بطلت القسمة بعدم رضا الغائب لما ساغ للقاضي القسمة في تلك الصورة بمجرد طلب الحاضرين . ثم إن قوله على ما يبيىء في شرح قوله ولو أبرأه الغرماء ليس بخوالة راجحة . إذ لا شيء في شرح ذلك ما يوم بطلانها سوى قول صاحب العناية بخلاف ما إذا ظهر وارث أو الموصل له بالثالث أو الربع بعد القسمة وقالت الورثة : نحن نقضي حقهما فإن القسمة تنقض إن لم يرض الوارث أو الموصل له لأن حقهما في عين التركة فلا ينقل إلى مال آخر إلا برضاها انتهى . لكن المراد بانتقاض القسمة في صورة ظهور الوارث أو الموصل له انتقاضها في قدر حقهما من عين التركة لا انتقاضها في مجموع التركة بالكلية بحيث يحتاج إلى الاستئناف كما هو قول أبي يوسف فيما نحن فيه ، أو المراد انتقاضها بالكلية أيضا ، لكن في صورة القسمة بالراضي دون القسمة بقضاء القاضي ، إذ لا تنقض القسمة بالكلية فيما إذا ظهر وارث أو الموصل له إذا كانت القسمة بقضاء القاضي ، نص عليه في البدائع حيث قال فيه : موجب نقض القسمة بعد وجودها أنواع : منها ظهور دين على الميث إذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميث سواء ولا قضاء الورثة من مال أنفسهم . ثم قال : ومنها ظهور الوصية لأن الموصل له شريك الورثة ، ألا يرى أنه لو هلك من التركة شيء قبل القسمة هلك من الورثة والموصل له جميعا والباقي على الشركة بينهم . ولو اقتسموا وثمة وارث غائب تنقض ، فكذا هذا . وقال : وهذا إذا كانت القسمة بالراضي : فإن كانت بقضاء القاضي لا تنقض لأن الموصل له وإن كان كواحد من الورثة لكن القاضي

بفريق نصيبه في التصيين ، أما هاهنا فلا ضرر للمستحق . وقوله (وصورة المسئلة) يعني مسئلة الكتاب لا المستشهد بها ، وقد قدمناه دفعا لهذا اللبس . قوله (ولو باع صاحب المقدم نصفه) يعني النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب أحدهما ثم استحق النصف الثاني رجع برجع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا يعني من قوله لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده إلى قوله اعتبارا للجزء بالكل وسقط خياره ببيع البعض في فسخ القسمة ، لأن الفسخ إنما يرد على ما ورد عليه القسمة وقد فات بعض ذلك بالبيع . وعند أبي يوسف رحمه الله ما في يد صاحبه بينهما نصفان ، ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده فيقتسم الباقي بعد الاستحقاق . قوله (والمقبوض بالعقد الفاسد) جواب عما يقال : ينبغي أن ينقض البيع لأنه بناء على القسمة الفاسدة . والبناء على الفاسد فاسد . ووجهه أن القسمة في معنى البيع لوجود المبادأة ، وإذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع الفاسد ، والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينقد البيع فيه ، وهو مضمون بالقيمة لتعذر

أقول : الظاهر أن يقال : فاقسم الاثنان (قال المحنف : لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده) أقول : متى في حق المقام لاقى حق المستحق : فلا تخالف لما مر من أن القسمة بدون رضا بالغة .

قال (ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة) لأنه يمنع وقوع الملك للوارث ، وكلنا إذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة ، إلا إذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة في إيفاء حقهم ، ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالم والدين محيط أو غير محيط جازت القسمة لأن المانع قد زال . ولو ادعى أحد المتقاسمين ديناً في التركة صح دعواه لأنه لا تناقض ، إذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة . ولو ادعى عينا بأى سبب كان لم يسمع للتناقض . إذ الإقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركاً .

إذا قسم عند غيبة أحد الورثة لانتقض قسمته ، لأن القسمة في هذا الموضع محل الاجتهاد ، وقضاء القاضي إذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض . ثم قال : ومنها ظهور الوارث ، حتى لو اقتسموا ثم ظهر أن ثمة وارثاً آخر تقضت قسمتهم ، ولو كانت القسمة بقضاء القاضي لانتقض لما ذكرنا ، إلى هنا لفظه . ثم إن ذلك البيض أورد أيضاً على قول صاحب العناية لأنه اعتبر القيمة فيها فلا بد من الرضاى حيث قال : فيه بحث ، فإن القيمة معتبرة فيها إذا كانت القسمة بقضاء القاضي أيضاً بل اعتبارها فيه أكد ، ولهذا لو كان بالنفن الفاحش في أحد الطرفين تنسخ على ما مر في الدرس السابق انتهى . أقول : هذا أيضاً ليس بصحيح ، لأن القسمة بالقيمة لاتصح عند أى حنفية أصلاً إلا عن تراض . وهذا مع كونه ما نص عليه شيخ الإسلام علاء الدين الأسيبجاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد بصدد بيان وضع هذه المسئلة كما ذكرناه من قبل ظاهر من أصل أى حنفية في كثير من المسائل المقدمة في الكتاب ، فاعتبار القيمة في هذه المسئلة على قول أبى حنفية وغيره كما يقتضيه تصويرها المذكور في عامة الكتب حتى في كتب محمد رحمه الله يدل على أن وضعها فيها إذا تراضيا على القسمة لا فيها إذا كانت بقضاء القاضي . فقله فإن القيمة معتبرة فيها إذا كانت القسمة بقضاء القاضي أيضاً إن أراد أنها معتبرة عند أبى حنفية في صورة القضاء أيضاً فليس كذلك ، وإن أراد به أنها معتبرة في صورة القضاء أيضاً عند غير أبى حنفية فلا يخلو شيئاً ، فإن عدم اعتبارها عند أبى حنفية كاف في تمام ما قاله صاحب العناية . وقوله بل اعتبارها فيها أكد في عدم الإصاية . لأن تحقق النفن الفاحش لا ينحصر في أن يكون قيمة أحد الطرفين أكثر من قيمة الآخر ، بل قد يتحقق النفن بكون عين أحد الطرفين أكثر من عين الآخر من جهة الوزن أو الكيل أو الدرر أو العدد مما يليق بمجلس المقسوم . فأبو حنفية يعتبر في غيب القسمة بالقضاء التفاوت في العين بإحدى الجهات المذكورة دون التفاوت في القيمة ، وما مر في الفصل السابق من مسئلة فسح القيمة بالنفن الفاحش لا يدل على كون النفن من جهة القيمة البتة ، بل قد ذكر هناك في بعض الشروح لنفن مثال هو صريح في التفاوت في العين بأن يقال : وإن اقتسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمس وخمسون شاة وأصاب الآخر خمس وأربعون شاة فادعى صاحب الأكثر النفن إلى آخر المسئلة (قوله ولو ادعى أحد المتقاسمين ديناً في التركة صح دعواه ، لأنه لا تناقض ، إذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة) قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : إن لم تكن دعواه باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار أنها إذا سمحت كان

الوصول إلى عين حقه لكان البيع فيضمن نصف نصيب صاحبه . قال (ولو وقعت القسمة الخ) ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ولم توف الورثة من مالم ولم يبرأ الغرماء ردت القسمة لأن الدين يمنع وقوع الملك للوارث . حتى لو كان في التركة المسترفة بالدين عبد وهو ذو رحم محرم لو ارث لم يعتق ، وكلنا إذا كان الدين غير محيط بالتركة لعن حق الغرماء بالتركة ، إلا إذا بقي من التركة ما يفي من الديون وراء ما قسم ، لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة في إيفاء حقهم . ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالم جازت القسمة أى تزين جوازها سواء كان الدين محيطاً أو غير محيط لأن المانع قد زال ، بخلاف ما إذا ظهر له وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضى حقهما فإن القسمة تنقض إن لم يرث الوارث أو الموصى له ، لأن حقهما في عين التركة فلا ينقل إلى مال آخر إلا برضاهما . وعلى هذا لو ادعى أحد المتقاسمين بعد القسمة ديناً على الميت صح ، ولو ادعى عينا لم يصح لأن الدين يتعلق بإمالة التركة والقسمة تصادف الصورة فلم

(فصل في المهايأة)

المهايأة جائزة استحسانا للحاجة إليه ، إذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبهه القسمة ، ولهذا يجرى فيه

له أن ينقض القسمة ، وذلك سعى في نقض ما تم من جهته . والجواب أنه إذا ثبت الدين بالينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك انتهى . أقول : في الجواب بحث ، لأنه إذا ثبت الدين بالينة ، فإن لم تكن القسمة تامة من حيث أصل الاستحقاق فقد كانت تامة من جهته حيث رضى بها أولا فلزم السعى في نقض ما تم من جهته ومدار السؤال عليه ، فإن السعى في نقض ما تم من جهته غير مقبول على قاعلة الشرع كما عرف في نظائره . واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال : أنت خير بأن استأج البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس ، وهذه الدعوى غير صحيحة لاستزائها السعى في نقض ما تم من جهته فكيف تسمع البينة . والأولى أن يجاب بمنع استزائها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يوديه سائر الورثة من مالهم فليتأمل انتهى كلامه . أقول : وأنت خير بأن كون استأج البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس غير مفيد هاهنا ، فإن التجيب لا يقول : إن هذه الدعوى غير صحيحة في ابتداء الأمر ثم تبين صحتها بعد إقامة البينة ، بل يقول : إنها صحيحة في الابتداء بناء على عدم تقرر تمام القسمة . بل احتمال ثبوت الدين بالينة ، قال جوابه منع استزائها ذلك كما أشار إليه بقوله فلا يلزم ذلك ، فالقاطع لمرق ذلك الجواب ما ذكرناه من أن لزوم السعى في نقض ما تم من جهته أمر مقرر لا مرد له بشبوت الدين بالينة ، وإنما الذي لا يلزم تمام القسمة من حيث أصل الاستحقاق ، وذلك لا يدفع السؤال المزبور . ثم إن قول ذلك البعض : والأولى أن يجاب بمنع استزائها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يوديه سائر الورثة من مالهم ، فما لا ينبغي أن يتفوه به العاقل فضلا عن مثل ذلك القائل . لأن الكلام فيها إذا لم يظهر له مال آخر ولم يؤده سائر الورثة إذ الحكم فيها إذا بقى من التركة بعد القسمة ما بقى بالدين أو أداه الورثة من مالهم قد مر في المسئلة المتقدمة مفصلا .

(فصل في المهايأة)

لما فرغ من بيان أحكام قسمة الأعيان شرع في بيان أحكام قسمة الأعراض التي هي المنافع ، وأخرها عن قسمة الأعيان لكون الأعيان أصلا والمنافع فرعاً عليها . ثم إن المهايأة في اللغة : مفاعلة مشتقة من الميتة وهي الحالة الظاهرة للميت للشيء . وإبدال المزة ألفا لغة فيها . والهايو تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به . وحقيقته أن كلا منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها . يقال هايا فلان فلانا ونهايا القوم . وفي عرف الفقهاء : هي عبارة عن قسمة المنافع ، كذا في الشرح (قوله المهايأة جائزة استحسانا للحاجة إليه) قال الشراح : والقياس يأبى جوازها ، لأنها مبادلة المنفعة بغيرها . إذ كل واحد من

يتناقض في دعواه بالإقدام على القسمة ، ودعوى العين تتعلق بالصورة والقسمة تصادفها ، فالإقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا ودعوى الخصوص يتناقض . ولقائل أن يقول : إن لم تكن دعوى الدين باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار أنها إذا صحت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعى في نقض ما تم من جهته . والجواب أنه إذا ثبت الدين بالينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك .

(فصل في المهايأة)

لما فرغ من بيان أحكام قسمة الأعيان شرع في بيان أحكام قسمة الأعراض وهي المهايأة ، وأخرها عن قسمة الأعيان

(قوله والجواب أنه إذا ثبت الدين بالينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك) أقول : أنت خير بأن استأج البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس ، وهذه الدعوى غير صحيحة لاستزائها السعى في نقض ما تم من جهته فكيف تسمع البينة ، والأولى أن يجاب بمنع استزائها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر ، أو يوديه سائر الورثة من مالهم فليتأمل .

(فصل في المهايأة)

جبر القاضى كما يجرى فى القسمة : إلا أن القسمة أقوى منه فى استحکال المنفعة لأنه جمع المنافع فى زمان واحد .
والتهايؤ جمع على التعاقب . ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى لأنه أبلغ فى التكميل .
ولو وقعت فيها يَحْتَمَلُ القسمة ثم طلب أحدهما القسمة ويقسم وتبطل المهايأة لأنه أبلغ . ولا يبطل التهايؤ بموت
أحدهما ولا بموتهما لأنه لو انتقض لاستأنفه الحاكم فلا فائدة فى النقص ثم الاستئناف (ولو تهايتا فى دار واحدة على
أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هنا علوها وهنا سفلهما جاز) لأن القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة ،
والتهايؤ فى هذا الوجه إفراز لجميع الأنصبة لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت (ولكل واحد أن يستغل ما أصابه

الشريكين ينفع فى نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه فى نوبته اه . أقول : فيه شئ . وهو أن مذكروا
فى وجه إبقاء القياس جوازها إنما يتم فى صورة التهايؤ من حيث الزمان بأن ينفع أحدهما بعين واحد مدة وينفع الآخر به مدة
أخرى ، لاقى صورة التهايؤ من حيث المكان كما إذا تهايتا فى دار على أن يسكن أحدهما ناحية والآخر ناحية أخرى منها ،
فإن التهايؤ فى هذه الصورة إفراز لجميع الأنصبة لا مبادلة ، ولهذا لا يشترط فيه التأقيت كما سيجىء فى الكتاب عن قريب .
والظاهر من تقريراتهم كون جواز التهايؤ على الإطلاق أدرا استحسانا مخالفا لقياس ، ومذكروا فى بيانه لافى بذلك كما ترى
(قوله إلا أن القسمة أقوى منه فى استحکال المنفعة ، لأنه جمع المنافع فى زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب) أقول : فى كلية
هذا التحليل نظر ، إذ قد صرحوا بأن التهايؤ قد يكون من حيث الزمان وقد يكون من حيث المكان ، وسأيت فى ذلك الكتاب
أيضا ، والجمع على التعاقب إنما هو فى التهايؤ من حيث الزمان ، وأما فى التهايؤ من حيث المكان فيتحقق جمع المنافع فى زمان
واحد كما سنحققه . نعم إن القسمة فى الأعيان أقوى بلا ريب من مطلق التهايؤ الذى هو قسمة المنافع لحصول التملك فى الأولى
من حيث الذات والمنفعة ، وفى الثانى من حيث المنفعة فحسب (قوله والتهايؤ فى هذا الوجه إفراز لجميع الأنصبة لا مبادلة)

لكونها فرعاً عليها ، وإخال أن الترجمة بالباب أولى ، لأن الكلام فى باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهايأة ليست منهما لكنها
باب من كتاب القسمة ، ويجوز أن يقال : إنها فصل من كتاب القسمة وفيه ما فيه . والمهايأة مفاعلة من الميتة وهى الحالة الظاهرة
للمتوبى للشيء وقد تبدل الميزة ألفا ، وتحقيقه أن كلا منهم يرضى بميزة واحدة ويختارها : أو أن الشريك الثانى ينتفع بالعين
على الميتة التى ينتفع بها الشريك الأول . وفى عرف الفقهاء : هى عبارة عن قسمة المنافع . وهى جائزة استحسانا . والقياس
يأبأها لأنها مبادلة المنفعة بنفسها ، إذ كل واحد من الشريكين فى نوبته ينفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه
فى نوبته ، لكن تركنا القياس بقوله تعالى - لها شرب ولكم شرب يوم معلوم - وهو المهايأة بعينها وللحاجة إليها إذ يتعذر الاجتماع
على الانتفاع فأشبه القسمة ، ولهذا يجرى فيه جبر القاضى إذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره ولم يطلب قسمة العين كما يجرى
فى القسمة إلا أن القسمة أقوى منها فى استحکال المنفعة لأنه جمع المنافع فى زمان واحد . والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا : أى ولوكون
القسمة أقوى إذا طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى لأنه أبلغ فى التكميل ، ولو وقعت فيها يَحْتَمَلُ القسمة ثم
طلب أحدهما القسمة ويقسم وتبطل المهايأة ولا تبطل المهايأة بموت أحدهما ولا بموتهما . لأنه لو انتقض لاستأنفه الحاكم لجواز
أن يطلب الورثة المهايأة فلا فائدة فى النقص ثم الاستئناف . ولو تهايتا فى دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هنا
علوها وهذا سفلهما جاز لما ذكر فى المتن ، فالتهايؤ فى هذا الوجه وهو أن يسكن هذا فى جانب من الدار ويسكن هذا فى جانب
آخر منها فى زمان واحد إفراز لا مبادلة لتحقق معناه ، فإن القاضى يجمع جميع منافع أحدهما فى بيت واحد بعد أن كانت شائعة
فى البيتين ، وكذلك فى حق الآخر ولهذا لا يشترط فيه التأقيت . ولو كان مبادلة كان تملك المنافع بالعروض فيلحق بالإجارة
ويشترط التأقيت . قيل (قوله ولكل واحد أن يستغل ما أصابه) يجوز أن يكون توضيحا لكونه إفرازا فإنه إذا كان إفرازا

(قوله لأنها مبادلة المنفعة بنفسها) أقول : يعنى نسيئة (قوله يجوز أن يكون توضيحا ، إل قوله : ومن حدثت المنافع على ملكه جاز
أن يستغل وإن لم يشترط فى العقد ذلك) أقول : مقفوض بالإجارة .

بالمهاياة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط) لحدوث المنافع على ملكه (ولو نهايتا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز ، وكلنا هذا في البيت الصغير (لأن المهاياة قد تكون في الزمان ،

ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ، هنا إيضاح أنه إفراز ، لأنه لو كان مبادلة كان تملك المنافع بالعوض فيلحق بالإجارة حينئذ فيشترط التأقيت ، كذا في الشروح . أقول : اقاتل أن يقول : إن أريد أنه لو كان مبادلة من كل وجه كان ملحقا بالإجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط في الإجارة فهو مسلم ، لكن لا يلزم من عدم كونه مبادلة من كل وجه كونه إفرازا من وجه حتى يثبت كونه إفرازا لجميع الأنصاء بلجواز أن يكون إفرازا من وجه ومبادلة من وجه بأن يكون إفرازا لنصيب كل واحد منهما من المنفعة في الناحية التي يسكن هو فيها ومبادلة لتخصيه منها في الناحية الأخرى بنصيب الآخر في الناحية التي يسكن هو فيها ، كما قالوا في قصة الأعيان على مامر في صدر كتاب القسمة أنها لا تنعز عن المبادلة والإفراز لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذ عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وإفرازا ، وإن أريد أنه لو كان مبادلة ولو بوجه كان ملحقا بالإجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط في الإجارة فهو ممنوع ، لأن الإجارة مبادلة المنفعة بالعوض من كل وجه فلا يلزم من اشتراط التأقيت فيها اشتراطه فيها هو إفراز من وجه ومبادلة من وجه . قال صاحب العناية في تعليل قول المصنف والهايو في هذا الوجه إفراز لجميع الأنصاء ، فإن القاضي يجمع جميع منافع أحدهما في بيت واحد بعد أن كانت شائعة في البيتين ، وكذلك في حق الآخر انتهى . وقد سبقه إلى هذا التوجيه تاج الشريعة في شرح هذا المقام . أقول : فيه نظر ، لأن جميع المنافع الشائعة في البيتين في بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل إلى محل آخر كما تقرر في محله فكيف يتمكن القاضي من جمعهما . فإن قلت : ليس المراد أن القاضي يجمعها حقيقة حتى يتوجه ما ذكر ، بل المراد أن القاضي يعتبر جمعهما ثلثا يكون ذلك الهايو مبادلة فيشترط فيه التأقيت كما أشار إليه المصنف بقوله ولهذا لا يشترط فيه التأقيت . قلت : اشتراط التأقيت فيه ليس بأصعب من اعتبار المحال متحققا حتى يرتكب الثاني لأجل دفع الأول ، وأيضا اعتبار المحال متحققا ليس بأولى وأسهل من عدم اعتبار شرط الإجارة هاهنا للضرورة حتى يرتكب الأول دون الثاني وترك كثير مما يعتبر في الشرع لأجل الضرورة شائع في قواعد الشرع . ألا يرى إلى ماذكروا فيها مرأتنا من أن القياس يأبى جواز الهايو لأنه مبادلة المنفعة بمنسبها وهي لا يجوز عندنا على ما تقرر في كتاب الإجازات لكنها تركنا القياس فيه لضرورة حاجة الناس إليه ، على أن لزوم اشتراط التأقيت فيه على تقدير عدم اعتبار جمع الأنصاء في بيت واحد ممنوع ، لأنه إنما يلزم ذلك أن لو كان الهايو في الوجه المذكور مبادلة من كل وجه . وأما إذا كان إفرازا من وجه ومبادلة من وجه فلا يلزم ذلك لأن اشتراط التأقيت فيها هو مبادلة من كل وجه كما قررناه من قبل (قوله ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه) قال تاج الشريعة : فإن قلت : المنافع في العارية تحدث على ملك المستعير ومع هذا لا يملك الإجارة . قلت : لجواز أن يسترده المعير قبل مضي المدة فلا فائدة انتهى . أقول : جواز الاسترداد قبل مضي المدة هاهنا أيضا متحقق ، إذ قد مر في الكتاب أنه لو وقعت المهاياة فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لكون القسمة أبلغ ، فع احتال أن يطلب الآخر القسمة وتبطل المهاياة قبل مضي المدة كيف يملك كل واحد منهما أن يستغل ما أصابه بالمهاياة بناء على حدوث المنافع على ملكه ، ولا فائدة في الاستغلال على تقدير طلب الآخر القسمة قبل مضي المدة كما في صورة الاستعارة (قوله ولو نهايتا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكلنا هذا في البيت الصغير لأن المهاياة قد تكون في الزمان

كانت المنافع حادثة على ملكه ، ومن حدثت المنافع على ملكه جاز أن يستغل وإن لم يشترط في العقد ذلك وهو ظاهر المذهب ، ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ، وفيه نظر لأنه لو كان مبادلة كان كذلك أيضا ، والأولى أن يكون ابتداء كلام لثني قول من يقول إنهما إذا نهايتا ولم يشترطا الإجارة في أول العقد لم يملك أحدهما أن يستغل ما أصابه (ولو نهايتا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز ، وكلنا هذا في البيت الصغير لأن المهاياة قد تكون في الزمان ،

وقد تكون من حيث المكان . والأول متعين هاهنا (ولو اختلفا في التهايو من حيث الزمان والمكان في محل ختملها يأمرهما القاضي بأن يتفقا) لأن التهايو في المكان أعدل وفي الزمان أكمل ، فلما اختلفت الجهة لابد من الاتفاق (فإن اختاره من حيث الزمان يقرع في البداية) فنيا للهمة (ولو تهايتا في العبدین على أن يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما) لأن القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبرا من القاضي وبالتراضى فكنا المهايأة . وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم القاضي . وهكذا روى عنه لأنه لا يجرى فيه الجبر عنده .

وقد تكون من حيث المكان ، والأول متعين هاهنا) قال صاحب العناية : ولم يذكر أن هذا إفراز أو مبادلة لأنه عطفه على صورة الإفراز فكان معلوما انتهى . أقول : ليس هذا بسديد لأنه إن أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الإفراز أنه أيضا إفراز بناء على أن المعطوف في حكم المعطوف عليه فليس بصحيح . لأن مجرد العطف لا يقتضى اشتراك المعطوفين في جميع الأحكام ، ألا يرى أن كثيرا من المسائل المتباينة في الأحكام يعطف بعضها على بعض . على أن التهايو في العبد الواحد وفي البيت الصغير تهايو من حيث الزمان . ولا مجال في مثل ذلك لأن يكون إفرازا كما يفهم من أدلة المسائل الآتية . سبأ من الفرق بين التهايو على الاستغلال في دار واحدة والتهايو على الاستغلال في الدارين . وإن أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الإفراز أنه ليس إفراز بناء على لزوم التغاير بين المعطوف والمعطوف عليه فليس بصحيح أيضا . إذ يكفي في العطف المتغايرة بينهما بحسب الذات . ولا يلزم فيه المتغايرة بينهما في جميع الأوصاف والأحكام حتى يتم ما ذكره . وبالحملة دلالة للعطف هاهنا على كون المذكور بطريق العطف من قبيل الإفراز والمبادلة . فالتثبت بتحديث العطف هاهنا مما له معنى له أصلا كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية : فإن كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتت سيرا كما في الثياب والأراضي تعتبر إفرازا

من حيث المكان ، والأول متعين هاهنا) ولم يذكر أن هذا إفراز أو مبادلة لأنه عطفه على صورة الإفراز فكان معلوما . فإذا كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتت سيرا كما في الثياب والأراضي تعتبر إفرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهايأة ، وإذا طلب أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الأصل أجبر عليا . وقيل تعتبر إفرازا من وجه عارية من وجه . لأنها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لأنه يكون مبادلة المنفعة بنفسها وأنه يجرى ربا النساء . والأول أصح لأن العارية ليس فيها عوض وهذا يعرض . وربا النساء ثابت عند أحد وصنى العلة بالنص على خلاف القياس فيها هو مبادلة في الأعيان من كل وجه فلا يتعدى إلى غيره . وإن كانت في المجلس المختلف كالدار والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاهما لأن المهايأة قسمة المنافع ، وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الأعيان . وقسمة الأعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف ، فكنا في قسمة المنافع . ولو اختلفا في التهايو من حيث الزمان والمكان في محل ختملها كالدار مثلا بأن يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها والآخر يطلب أن يسكن جميع الدار شهرا وصاحبه شهرا آخر يأمرهما القاضي أن يتفقا . لأن لكل واحد منهما مزية فلا ترجيح لأحدهما ، إذ التهايو في المكان أعدل لاستوائهما في زمان الانتفاع من غير تقدم لأحدهما على الآخر ، وفي الزمان أكمل لأن كلا منهما ينتفع بجميع جوانب الدار في نوبته ، فلا بد من الاتفاق دفعا للتحكم ، فإن اختاره من حيث الزمان يقرع في البداية فنيا للهمة (قوله ولو تهايتا في العبدین) واضح . وقوله (وقيل عند أبي حنيفة رحمه الله : لا يقسم) أى قال بعض المشايخ رحمه الله عنه . وقوله (وهكذا روى عنه) يعنى روى الخصاف عنه

(قوله ولم يذكر ، إلى قوله : فكان معلوما) أقول : فيه بحث (قوله فإن كانت المهايأة) أقول : من حيث الزمان (قوله فيما هو مبادلة على الأعيان من كل وجه) أقول : قوله من متعلق بالمبادلة لا بالأعيان (قوله فلا يتعدى إلى غيره) أقول : قيل إجابة السكني بالسكني ليست مبادلة الأعيان فينبغي أن يجوز (قوله وإن كانت في الجنس المختلف كالدار والعبيد) يتعين مبادلة من كل وجه الخ (أقول : فينبغي أن لا يجوز كإجابة السكني بالسكني ، ثم هو مخالف لقول المصنف بعد أشهر ويعتبر إفرازا وجوابه ظاهر ، فإن ذلك ليس من حيث الزمان بل في المكان (قوله بأن يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها الخ) أقول : الأولى أن لا يمين للمقدم والمؤخر .

والأصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا . لأن المنافع من حيث الخلطة قلما تتفاوت ، بخلاف أعيان الرقيق لأنها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً على ما تقدم (ولو تهايتا فيما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز) استحساناً للمساواة في إطعام المالك بخلاف شرط الكسوة لا يسمع فيها) ولو تهايتا في دارين على أن يسكن كل واحد منهما داراً جاز ويجوز للقاضي عليه) وهذا عندهما ظاهر ، لأن الدارين عندهما كدار واحدة . وقد قيل لا يجوز عنده اعتباراً بالقسمة . وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز التهايتا فيما أصلاً بالجبر لما قلنا . وبالتراضي لأنه يبيع السكنى بالسكنى ، بخلاف قسمة رقبتهما لأن يبيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز . وجه الظاهر أن التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجرى فيه جبر القاضي ويعتبر إفرازاً أما يكثر التفاوت (١) في أعيانها فاعتبر بمبادلة (وفي الدابتين لا يجوز التهايتا على الركوب عند أبي حنيفة وعنهما يجوز) اعتباراً بقسمة الأعيان . وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فليس بين حاذق وآخرق . والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا ، بخلاف العبد لأنه يخدم باختباره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تعملها . وأما التهايتا في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية .

من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهاداة ، وإذا طلبها أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الأصل أجبر عليها . وقيل تعتبر إفرازاً من وجه عارية من وجه . لأنها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لأنه يكون مبادلة المنفعة بنفسها وأنه يحرم ربا النساء والأول أصح لأن العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض ور بالنساء ثابت عند أحد وصنى العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الأعيان من كل وجه فلا يتعدى إلى غيره انتهى . أقول : هذا الذي ذكره مأخوذ من اللخيرة والميسوط . وقد ذكر في النهاية ومراجع الدراية أيضاً بنوع تفصيل ولكن فيه بحث ، وهو أنه قد مر في كتاب الإجراءات أن إجارة المنافع بنفسها كإجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب غير صحيحة عندنا . وقالوا في تحليل ذلك : إن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوي بالقوهي نسيت . وقال المصنف هناك : وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى فلو كان ربا النساء عند وجود أحد وصنى العلة وهي القدر مع الجنس غنصاً بمورد النص وهو البيع غير متمم إلى غيره لما تم استئصال أتمتنا في الإجراءات على عدم صحة إجارة المنافع بنفسها بربا النساء . ثم لنا دليل آخر على عدم صحة ذلك كما مر أيضاً في الكتاب هناك لكن الكلام في الدليل الأول الذي ارتضاه فحول الفقهاء قاطبة حتى أشار إليه محمد رحمه الله تعالى وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق : وإن كانت في الجنس المختلف كالنور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاهما . لأن المهاداة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الأعيان وقسمة الأعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف ، فكذا قسمة المنافع انتهى . أقول : وهذا أيضاً مأخوذ من الكتب المذكورة ولكنه محل بحث أيضاً . أما أولاً فلا لأنه قد ذكر في الكتاب من قبل أن التهايتا من حيث المكان إفراز لجميع الأنصبة لمبادلة . ولهذا لا يشترط فيه التأقيت . ولا يخفى أن التهايتا في الجنس المختلف إنما يتصور بأن انتفع أحد الورثة بأحد الأجناس والآخر بالآخر كما في الدور والعبيد فيصير من قبيل التهايتا

يمثل ما قال المشايخ . وقوله (والأصح أنه يقسم القاضي عنده أيضاً) قال الكرخي : معنى قول أبي حنيفة إن الدور لا تقسم : أي أن القاضي لا يقسمها ، فإن فعل جاز ، وعلى هذا تجوز القسمة في الأصول فكذا في المنافع ، وتحليل الكتاب وهو قوله (لأن المنافع من حيث الخلطة قلما تتفاوت) أوجه لبقاء قوله في الأصول بلا تأويل . وقوله (ولو تهايتا فيما) واضح ،

(قوله قوله في الأصول) أقول : أي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يقسم الدور (قوله بلا تأويل) أقول : علم ما ذكره الكرخي .

(١) قول صاحب المهادية (أما يكثر التفاوت للبح) وجد بهامش الأصل : سق العبارة : أما التفاوت فيكثر في أعيانها ، لأن أما لا يليها إلا الاسم اه مصححه .

وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز . ووجه الفرق هو أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء . والاعتدال ثابت في الحال . والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي أسباب التغير عليه فضوت المعادلة . ولوزادت الغلة في نوبة أحدهما عليها في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل ، بخلاف ما إذا كان الهايؤ على المنافع فاستغل أحدهما في نوبته زيادة ، لأن التعديل فيها وقع عليه الهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد (والهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز) أيضا في ظاهر الرواية لما بينا ، ولو فضل غلة أحدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة . والفرق أن في الدارين معنى التميز . والإفراز راجع لاتحاد زمان الاستيفاء ، وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل ، وكلما يجوز في العبدین عندهما اعتبارا بالهايؤ في المنافع . ولا يجوز عنده لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فأولى أن يتمتع الجواز ،

من حيث المكان فكيف يتم القول بأن المهايأة إن كانت في الجنس المختلف تعتبر مبادلة . وأما ثانيا فلأنه لو اعتبرت المهايأة في الجنس المختلف مبادلة من كل وجه لكانت المهايأة في الدور كإجارة السكنى بالسكنى وفي العبيد كإجارة الخدمة بالخدمة ، ومثل ذلك لا يجوز عندنا كما تقرر في الإجازات ، اللهم إلا أن يكون مجموع قوله كاللور والعبيد مثالا واحدا ، فالمراد مثل أن يهايأ على أن يسكن أحدهما الدور ويستخدم الآخر العبيد لكنه بعيد جدا في مقابلة قوله من قبل كما في الثياب والأراضي . وأما ثالثا فلأن قوله وقسمة الأعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه ممنوع ، إذ قد تقرر في صدر كتاب القسمة أن قسمة الأعيان مطلقا لاتعزى عن معنى الإفراز . ومعنى المبادلة ، إلا أن معنى الإفراز هو الظاهر في ذوات الأمثال . ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الأمثال ، غير أن ذلك الغير إن كان من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء . وإن كان أجنبيا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعلم المعادلة باعتبار فحص التفاوت في المقاصد . اللهم إلا أن يقال : المراد بما ذكرناه أن قسمة الأعيان في الجنس المختلف اعتبرت مبادلة من كل وجه في الحقيقة فلا ينافي مانع في صدر الكتاب . لكن فيه ما فيه فتأمل (قوله ووجه الفرق أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال . والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي أسباب التغير عليه فضوت المعادلة) قال في العناية : لأن الاستغلال إنما يكون بالاستعمال . والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الأول ، لأن القوى الإنسانية متناهية انتهى . أقول : لقائل أن يقول : مقتضى هذا الوجه أن لا يجوز الهايؤ في العبد الواحد على نفس المنافع كما لا يجوز على الاستغلال . إذ الظاهر أن منافع التي هي أعماله لا تكون في الزمان الثاني كما كانت في الأول لتناهي القوى الإنسانية فضوت المعادلة . مع أن الهايؤ في العبد الواحد على منافعها جائز بالاتفاق كالهايؤ على منفعة البيت الصغير كما مر من قبل في الكتاب . ثم أقول : يمكن أن يتبادر عنه بأن الهايؤ في العبد على الخدمة إنما يجوز ضرورة أنها لا تبقى فيتمتع قسمتها . ولا ضرورة في النة لأنها أعيان باقية ترد القسمة عليها فافترقا . وسيجيء في الكتاب عين هذا الفرق بين المنفعة والطة فيصير (قوله ولا يجوز عنده لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فأولى أن يتمتع الجواز) وعروض بأن معنى الإفراز والتمييز والبيع في غلة العبدین . لأن كل واحد منهما

وقوله (ووجه الفرق) يعني بين جواز الهايؤ في الاستغلال في دار واحدة وعلمه في العبد الواحد والدابة الواحدة . وقوله (فضوت المعادلة) لأن الاستغلال إنما يكون بالاستعمال ، والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الأول . لأن القوى الإنسانية متناهية . وقوله (ولو زادت الغلة في نوبة أحدهما) يعني في الدار الواحدة . وقوله (في ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن أبي حنيفة في الكيسانيات أنه لا يجوز . لأن قسمة المنفعة تعتبر بقسمة العين وهي عنده في الدارين لا يجوز للتفاوت . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله والاعتدال ثابت في الحال الخ . وقوله (اعتبارا بالهايؤ في المنافع) يعني في الاستخدام الحالى عن الاستغلال . وقوله (لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه) أى من التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد . لأنه قد

والتهايؤ في الخدمة جواز ضرورة ، ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها لكونها عينا . ولأن الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسان (ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما) والوجه ما بيناه في الركوب (ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فهأبنا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها أو يرعاها ويشرب ألبانها لا يجوز) لأن المأبأة في المنافع ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمتها ، وهذه أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها . والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع بالعين بمقدار معلوم استقرضا لتصيب صاحبه ، إذ قرض المشاع جائز .

يصل إلى الغلة في الوقت الذي يصل إليها فيه صاحبه فكان كالمأبأة في الخدمة . وأجيب بأن التفاوت يمنع من رجحان معنى الإفراز ، بخلاف الخدمة لما بيننا من وجه الأصح أن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت . كلنا في الناية . أقول : في الجواب نظر . إذ قد مر في بيان قوت المعادلة في التهايؤ في العبد الواحد على الاستغلال أن الاستغلال إنما يكون على حسب الاستعمال ، فلما قلنا التفاوت في المنافع من حيث الخدمة لزم أن يقل التفاوت في الغلة أيضا بالضرورة ، فلم يظهر وجه المخالفة بين المستلئين ولعل هذا هو السر في أن جماعة من الشروح ذكروا مضمون المعارضة للزبورة بطريق بيان الفرق بين المستلئين من قبل الإمامين وعزوه إلى الميسوط ولم يتعرضوا للجواب عنه أصلا فتعذر (قوله والتهايؤ في الخدمة جواز ضرورة ، ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها لكونها عينا) هذا جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ، وبيان الضرورة ما سيذكره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها . قال صاحب الناية : ولتأمل أن يقول : علل التهايؤ في المنافع من قبل بقوله لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت . وعلة هاهنا بضرورة تعذر القسمة ، وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل . ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور من قبل تمة هذا التعليل ، لأن علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا ، لأن كل واحد منهما علة مستقلة . إلى هنا كلامه . أقول : لا السؤال بشيء . ولا الجواب . أما الأول فلأن الباطل إنما هو توارد العلتين المستقلتين على الواحد بالشخص على طريق الاجتماع لا تواردهما عليه على سبيل البدل كما تقرر في موضعه ، واللازم فيما نحن فيه هو الثاني دون الأول . إذ لا يمتنع أن المقصود من إيراد العلل المتعددة في أمثال هذا المقام هو التنبيه على أن كل واحدة منهما

يكون في أحدهما كياسة وحذق ولباقة فيحصل في الشهر الواحد من الغلة ما لا يقدر عليه الآخر . ثم التهايؤ في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق ، ففي استغلال العبدين أول أن لا يجوز . وعورض بأن معنى الإفراز والتمييز راجع في غلة العبدين . لأن كل واحد منهما يصل إلى الغلة في الوقت الذي يصل إليها فيه صاحبه فكان كالمأبأة في الخدمة . وأجيب بأن التفاوت يمنع من رجحان معنى الإفراز . بخلاف الخدمة ، لما بيننا من وجه الأصح أن المنافع في الخدمة قلما تتفاوت . وقوله (والتهايؤ في الخدمة جواز ضرورة) جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع وبيان الضرورة ما ذكره بعدهما أن المنافع لا تبقى فتعذر قسمتها . ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها لكونها أعيانا فيستغلانه على طريق الشركة ، ثم يقسمان ما حصل من الغلة . ولتأمل أن يقول : علل جواز التهايؤ في المنافع بقوله من قبل . لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت ، وعلة هاهنا بضرورة تعذر القسمة ، وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل . ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور من قبل تمة هذا التعليل . لأن علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا ، لا أن كل واحد منهما علة مستقلة . وقوله (ولأن الظاهر) وجه آخر لإبطال القياس ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما ، والوجه ما بيناه في الركوب وهو قوله اعتبارا بقسمة الأعيان الخ وقوله (ولو كان نخل أو شجر الخ) واضح .

(قوله وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل) أقول : فيه تأمل (قال المصنف : إذ قرض المشاع جائز) أقول : نعم ، لكن تأجيل القرض ليس بجائر ، إلا أن يقال : ليس قرضا من كل وجه .

(كتاب المزارعة)

(قال أبو حنيفة رحمه الله : المزارعة بالثلث والربع باطلة) اعلم أن المزارعة لغة : مفاعلة من الزرع . وفي الشريعة : هي عقد على الزرع ببعض الخارج ، وهي فاسدة عند أبي حنيفة ، وقال : هي جائزة لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع »

تصلح لإفادة المدعي بالاستقلال بدلا عن الأخرى . وقائلة ذلك بيان طرق مختلفة موصلة إلى المطلوب ليسلك الطالب أى طريق شاء . وأما الثانى فلأن الظاهر من تعليل المصنف لإحدى العلتين المذكورتين في كل من الموضعين المتفرقين أن يكون كل واحدة منهما علة مستقلة ، وإلا يلزم أن لا يفيد شيء منها المدعي في مقامه ضرورة عدم حصول المطلوب بجزء العلة . على أن استقلال كل واحدة منهما في الإفادة يبين . أما قلة التناوت فلأن القليل في حكم العدم في عامة أحكام الشرع . وأما ضرورة تعلل القسمة فلأن الضرورات تبيح المحظورات على ما عرف ، ولت شعري ما ذا يصنع الشارح الزبور في قول المصنف فيها بعد : ولأن الظاهر هو التسامح في الخدمة إلى آخره . وقد اعترف بأنه وجه آخر لإبطال القياس . وكذا في نظائر ذلك من الأدلة المتعددة المذكورة في كثير من المسائل . فهل يعمل كل واحد منهما جزء العلة لالة مستقلة . والله الموفق للصواب .

(كتاب المزارعة)

لما كان الخارج من الأرض في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة ، كذا في الشروح (قوله قال أبو حنيفة : المزارعة بالثلث والربع باطلة) قال في العناية : إنما قيد بالثلث والربع ليبين محل النزاع ، لأنه لو لم يبين أصلا أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالإجماع انتهى . أقول : يرد على ظاهره أن المزارعة بالنصف والخمس وبغيرهما من الكسور محل النزاع أيضا فكيف يثبت بالتقيد بالثلث والربع محل النزاع ؟ فالوجه ما ذكر في سائر الشروح من أنه إنما قيد بالثلث والربع مع أنه لا يجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبركا بلفظ الحديث فإنه جاء في الحديث أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة فقيل : وما المخابرة ؟ قال : المزارعة بالثلث والربع . وإنما خص في الحديث بذلك المكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير انتهى . والذي يمكن في توجيه ما في العناية أن المقصود بقوله إنما قيد بالثلث والربع مقابلة التقيد بالإطلاق لا مقابلة التقيد بالتقيد : يعني أنه قيد بالثلث والربع ولم يطلق عن التقيد بالكلية لأنه قيد بهذا القيد المخصوص وهو الثلث والربع ولم يقيد بقيد آخر

(كتاب المزارعة)

لما كان الخارج في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدما ، وذكر المصنف رحمه الله معناها لغة وشرعية فأغنانا عن ذكره . وسببه سبب المعاملات . وشرعيته يختلف فيها . قال (قال أبو حنيفة رحمه الله : المزارعة بالثلث والربع باطلة) وإنما قيد بالثلث والربع ليبين محل النزاع . لأنه لو لم يبين أصلا أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالإجماع (وقالوا : هي جائزة لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع) ولما ذكر

(كتاب المزارعة)

ولأنه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة ، فإن ذا المال قد لا يهتدى إلى العمل والقوى عليه لا يحد المال ، فسدت الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والندجاج وود التز معاملة بنصف الزوائد لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها فلم تتحقق شركة . وله ما روى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المضاربة وهي المزارعة » ولأنه استتجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ، ولأن الأجر مجهول أو معلوم وكل ذلك مفسد ، ومعاملة النبي عليه الصلاة والسلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز (وإذا فسدت عنده فإن سقى الأرض وكر بها ولم يخرج شيء منه فله أجر مثله) لأنه في معنى إجارة فاسدة . وهذا إذا كان البئر من قبل صاحب الأرض . وإذا كان البئر من قبله فعليه

كالنصف وغيره . لكن فيه ما فيه كما ترى (قوله ولأنه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة) قال تاج الشريعة : قلت الربح في المضاربة يحصل بمال من أحد الجانبين وبعمل من الجانب الآخر فتتقصد شركة بينهما في الربح وهنا كذلك انتهى . أقول : لم يتر في المضاربة أن يكون المال والعمل من أحد الجانبين ولهذا قالوا هناك : وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد وهنا جائز لما سيأتي في الكتاب أنه إذا كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبئر لواحد جازت المزارعة ولا شك أن البئر مال بل البقر أيضا مال وقد اجتمعا مع العمل في أحد الجانبين فكيف يتم اعتبار المزارعة مطلقا بالمضاربة فتأمل (قوله لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها) قال صاحب معراج الدرر في شرح هذا المثل : لأنه أي الزوائد على تأويل الزائد انتهى . أقول : هذا تصف قبيح لا يقبله ذو فطرة سليمة عند مسأغ أن يحمل الضمير في قوله لأنه على الشأن كما لا يخفى (قوله ومعاملة النبي عليه الصلاة والسلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز) قال بعض الفضلاء : هذا مخالف لما أسلفه في باب العشر والخراج أن أرض العرب كلها أرض عشر ، فإن خير من أرض العرب اه . أقول : كون خير من أرض العرب بمنوع . كيف وقد تقر في الباب المذكور أيضا أن أرض العرب لا يقر أهلها عليها على الكفر ، فإن مشركي العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف . وقد أقر النبي عليه الصلاة والسلام أهل خيبر على أراضيهم على الكفر ، وذكروا حد أرض العرب طولا وعرضا في الباب المذكور ، فن آتقن ذلك في موضعه لعله يحكم بأن خير ليست من أرض العرب

في الكتاب من القياس وقوله (لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها) يعني لأنه تخلل فعل فاعل غنار وهو أكل الحيوان فيضاف إليه ، وإذا كان مضافا إليه لا يضاف إلى غيره وهو العامل فلم تتحقق فيه الشركة (ولأن حنيفة رحمه الله ما روى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المضاربة) فقيل : وما المضاربة ؟ قال : المزارعة بالثلث أو الربع (ولأنه استتجار ببعض ما يخرج من عمله) فلها لا تصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الإجارة فتكون في معنى قفيز الطحان . ولأن الأجر مجهول (على تقدير وجود الخارج فإنه لا يلزم أن تنصيب الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أضعف أو أقل منه أو أكثر (أو معدوم) على تقدير عدم الخارج (وكل ذلك مفسد . ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر كان خراج مقاسمة) وهي أن يقسم الإمام ما يخرج من الأرض وكان (بطريق المن والصلح) لأنه لو أخذ الكل جاز لأنه عليه الصلاة والسلام ملكها غنمة ، فكان ما ترك في أيديهم فضلا ولم يبين مدة معلومة ، وقد أجمعوا على أن عقد المزارعة لا يصح إلا ببيان مدة معلومة (وهو) أي خراج المقاسمة بطريق المن والصلح (جائز) فلم يكن الحديث حجة لغيرها ، ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فساده ، فإن من شرطه أن يتصدى الحكم الشرعي لمن فرغ هو نظيره وهاهنا ليس كذلك ، لأن معنى الإجارة فيها أغلب حتى اشترطت فيها المدة بخلاف المضاربة . قوله (وإذا فسدت عنده) واضح .

(قال المصنف : ولأن الأجر مجهول أو معلوم) أقول : فإن قيل مقبوض بالمضاربة والجواب ظاهر (قال المصنف : ومعاملة النبي عليه الصلاة والسلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة الخ) أقول : بخالف لما أسلفه في باب العشر والخراج أن أرض العرب كلها أرض عشر ، فإن خير من أرض العرب فتأمل (قوله لأن معنى الإجارة فيها أغلب) أقول ليس فيما ذكره ما يدل على الأغلبية بل على وجود معنى الإجارة

أجر مثل الأرض والخارج في الوجهين لصاحب البئر لأنه نماء ملكه وللآخر الأجر كما فصلنا . إلا أن الفتوى على قولهما حاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بها . والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع (ثم المزارعة لصحتها على قول من يميزها شروط : أحدها كون الأرض صالحة للزراعة) لأن المقصود لا يحصل بدونه (والثاني أن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد وهو لا يخص به) لأن عقدا ما لا يصح لإلزام الأهل (والثالث بيان المدة) لأنه عقد على منافع الأرض أو منافع العامل والمدة هي الميعار لها ليعلم بها (والرابع بيان من عليه البئر) قطعا للمنازعة وإعلاما للمعقود عليه وهو منافع الأرض أو منافع العامل .

(قوله والخارج في الوجهين لصاحب البئر لأنه نماء ملكه) قيل قوله لأنه نماء ملكه متقوض بمن غصب بنرا فزرعه فإن الزرع له وإن كان نماء ملك صاحب البئر . وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان إضافة الحادث إلى عمله أولى ، والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافا إلى الأمر . كذا في العناية وغيرها . أقول : التقض غير وارد أصلا . والجواب غير دافع لما ذكر . أما الأول فلأن الزرع في الصور المذكورة ليس ببناء ملك صاحب البئر وإنما هو نماء ملك الغاصب ، إذ قد مر في فصل ما يتغير بعمل الغاصب من كتاب الغصب أنه إذا تغيرت العين المنصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المقصوب منه عنها وملكها الغاصب وضممتها عندنا . ومثل ذلك بأمثله : مثا ما إذا غصب حفلة فزرعها ، فقد تبين منه أن البئر بالغصب والزرع يصير ملك الغاصب فيكون الزرع نماء ملكه قطعا . وأما الثاني فلأن عمل التقض إنما هو قوله لأنه نماء ملكه ، وما ذكر في الجواب لا يفيد الفرق بين الغاصب والمزارع من جهة مورد التقض . وإنما يفيد الفرق بينهما من جهة كون أحدهما عاملا لنفسه باختياره والآخر عاملا بأمر غيره . والكلام في الأول دون الثاني فلا يتم التقريب (قوله إلا أن الفتوى على قولهما حاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بها ، والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع) أقول : لقاتل أن يقول : نعم إن القياس يترك بالتعامل . ولكن النص لا يترك بذلك لأن التعامل إجماع على . والإجماع لا ينسخ به الكتاب ولا السنة على ما عرف في علم الأصول . فبقي تحسك أبي حنيفة رحمه الله بالسنة . وهي ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الخابرة وهي الزراعة سلما عما يدهمه ، فما وجه الفتوى على قولهما . ويمكن أن يقال لهما أن يدفع ذلك

وقوله (والخارج في الوجهين) يعني فيما إذا كان البئر من قبل العامل ، وفيما إذا كان من قبل رب الأرض . وقوله (لأنه نماء ملكه) متقوض بمن غصب بنرا فزرعه فإن الزرع له وإن كان نماء ملك صاحب البئر . وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله ، فكان إضافة الحادث إلى عمله أولى والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافا إلى الأمر . وقوله (كما فصلنا) إشارة إلى قوله وهذا إذا كان البئر من قبل صاحب الأرض الخ . وقوله (إلا أن الفتوى على قولهما) واضح . وقوله (بيان المدة) يريد به مدة يمكن خروج الزرع فيها . حتى لو بين مدة لا يتمكن فيها من المزارعة فسدت المزارعة . وكذا إذا بين مدة لا يعيش أحدهما إلى مثلها غالبا لأنه يصير في معنى اشتراط بقاء العقد إلى ما بعد الموت . وقوله (لأنه) أي لأن عقد المزارعة (عقد على منافع الأرض) يعني إذا كان البئر من قبل العامل (أو منافع العامل) يعني إذا كان البئر من قبل رب الأرض ، والمدة هي الميعار لها أي للمنافع بمنزلة الكيل أو الوزن . وقوله (وهو) أي المعقود عليه (منافع الأرض) إن كان البئر من قبل العامل (أو منافع العامل) إن كان البئر من قبل رب الأرض ، ففي الأول العامل مستأجر للأرض ، وفي الثاني رب الأرض مستأجر للعامل فلا بد من بيان ذلك بالإعلام .

(قوله متقوض بمن غصب بنرا فزرعه الخ) أقول : ويجوز أن يحاج بمنح كون الزرع نماء صاحب البئر ، فإن الغاصب ملكه بالزرع كما سبق في الغصب (قال المصنف : والقياس يترك بالتعامل الخ) أقول : لكن النص لا يترك به ، ألا يرى إلى ما سبق في باب الربا أن النص أقوى من المرف ، والإقرار لا يترك بالأدنى ، وسيجيء أيضا بفصل الروطه ولنتظر من كتاب الكراهية لأنه لا يمتنع بالمادة مع النص (قال المصنف : لأنه عقد على منافع الأرض) أقول : ذكر التفسير الرابع إلى المزارعة باعتبار الخبر ، أو لكونها في معنى أن مع الفعل

(والخامس بيان نصيب من لا بقدر من قبله) لأنه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد أن يكون معلوما ، وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد . والسادس أن يخلى رب الأرض بينها وبين العامل ، حتى لو شرط عمل رب الأرض بنفس العقد (لفوات التخلية) والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله (لأنه ينقذ شركة في الانتهاء : فإقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد) والثامن بيان جنس البذر (ليصير الأجر معلوما . قال (وهي عندهما على أربعة أوجه : إن كانت الأرض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزاوعة) لأن البقر آلة العمل فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط بإبرة الخياط ،

يحمل المروى عن النبي صلى الله عليه وسلم على ما إذا شرط في عقد المزاوعة شرط مفسد ، إذ قد روى أنهم كانوا يشترطون فيه شيئا معلوما من الخارج لرب الأرض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما . وقد أشار إليه صاحب الكافي حيث قال : فإن قيل : التعامل على خلاف النص باطل . قلنا : النصوص الواردة في المجتهدات صور النصوص ، وإلا لا يحمل لأحد الخلاف فيها أو تحميلها على ما إذا شرط شرطا مفسدا ، فقد روى أنهم كانوا يشترطون فيها شيئا معلوما من الخارج لرب الأرض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما ، إلى هنا كلامه (قوله والخامس بيان نصيب من لا بلر من قبله لأنه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد أن يكون معلوما) أقول : لاشك أن بيان نصيب كل من المتعاقدين مما لا بد منه في عقد المزاوعة ، فعدّ بيان نصيب من لا بلر من قبله من الشرائط دون بيان نصيب الآخر مما لا يعلل كبير طائل فتأمل (قوله والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لأنه ينقذ شركة في الانتهاء فإقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد) قال كثير من الشراح : لأنه إذا شرط فيها ما يقطع للشركة في الخارج تبقى إجارة محضة ، والقياس بأبي جواز الإجارة المحضة بأجر معلوم انتهى . أقول : فيه شيء ، وهو أن القياس كما بأبي جواز قياس الإجارة المحضة بأجر معلوم بأبي جوازها بأجر موجود أيضا . إذ قد تقرر في كتاب الإجارة أن القياس بأبي جواز الإجارة مطلقا لكون المقود عليه الشيء هو المفضة غير موجود في الحال ، لكن جوازها استحصانا لحاجة الناس إليها فكيف يتم الاستدلال بمجرد أن يأتي القياس جوازها على فساد المزاوعة على تقدير بقائها إجارة محضة ، فالأظهر أن يقال بدل قولهم والقياس بأبي جواز الإجارة المحضة بأجر معلوم والإجارة المحضة بأجر معلوم فاسدة قطعا . ثم أقول : لا يلزم على ذي فطرة سليمة أن مراد المصنف هاهنا غير ما ذكره هؤلاء الشراح ، فإنهم عللوا كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد بأنه إذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى إجارة محضة ، والقياس بأبي جواز الإجارة المحضة بأجر معلوم ، والمصنف قرع كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد على ما قبله حيث قال فإقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد فقد جعل حلة ذلك ما قبله وهو مضمون قوله لأنه ينقذ شركة في الانتهاء فإقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد وإن كان إجارة في الابتداء فكان معنى الشركة معتبر في انعقاد المزاوعة ، فإقطع هذه الشركة ينفي المعنى المعترف في انعقادها فيفسد عقد المزاوعة لعلالة (قوله وهي عند هاهنا على أربعة أوجه)

وقوله (فإقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد) لأنه إذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج يقع إجارة محضة ، والقياس بأبي جواز الإجارة المحضة بأجر معلوم . وقوله (بيان جنس البذر) وجه القياس ليصير الأجر معلوما إذ هو جزء من الخارج فلا بد من بيانه ليحمل أن الخارج من أي نوع ولولم يعلم عسى أن لا يرضى ، لأنه ربما يعطى بذرا لا يحصل الخارج به إلا بعمل كثير . وفي الاستحصان بيان ما يزرع في الأرض ليس بشرط ، فوض الرأي إلى المزارع أولم يقوض بعد أن ينص على المزاوعة فإنه مفقوض إليه . قال (وهي عندهما على أربعة أوجه) قيام المزاوعة بأربعة أشياء : الأرض ، والبذر ، والعمل ، والبقر لعلالة . ثم إما أن يكون الجميع لأحدهما أولا ، لاسيلا إلى الأول لأن المزاوعة شركة في الانتهاء ، وإلما يكن من أحد

(قال المصنف : وهي عندهما على أربعة أوجه) أقول : أي المزاوعة المستعملة بين الناس أربعة ، فلا يرد شيء على المصنف . (قوله لأن المزاوعة شركة البع) أقول : ولا يمكن أن تمتد إجارة أيضا كما لا يخفى .

(وإن كان الأرض لوأحد والعمل والبقر والبذر لوأحد جازت) لأنه استتجار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجرها بدهام معلومة (وإن كانت الأرض والبذر والبقر لوأحد والعمل من آخر جازت) لأنه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط ثوبه بغيره أو طياراً ليطين بمره (وإن كانت الأرض والبقر لوأحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة) وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية .

واعلم أن مسائل المزارعة في الجواز والفساد مبنية على أصل وهو أن المزارعة تنعقد بإجارة وتم شركة . وانعقادها بإجارة إنما هو على منفعة الأرض أو على منفعة العامل دون منفعة غيره من منفعة البقر والبذر لأنها استتجار ببعض الخارج . وهو لا يجوز قياساً لكنها جوزناه في الأرض والعامل لورود الشرع به فيها . أما في الأرض فآثر عبد الله بن عمر رضي الله عنه وتعامل الناس ، وأما في العامل فعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر . وتعامل لم يرد الشرع به في البذر والبقر فأخذنا فيهما بالقياس ، فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استتجار الأرض أو العامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استتجار الأرض أو العامل ببعض الخارج لكونه مورد الأثر . وكل ما كان من صور عدم الجواز فهو من قبيل استتجار الآخرين . أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين فلم يكن أحدهما تبعاً للآخر ولكن المنظور فيه هو استتجار غير الأرض والعامل ببعض الخارج لعدم ورود الشرع في غيرها . وهذا هو الأصل الذي تدور عليه مسائل المزارعة ، كلها في الشروح ، وأشار إليه في التخييرة وجامع فخر الإسلام . ثم إن صاحب العناية بعد ما ذكر الأصل المزبور قال : فإذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجه على الأصل المذكور . فاما الوجه الأول فهو بما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ، فإن الأرض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور إليه الاستتجار يجعل كأن العامل استأجر الأرض أو رب الأرض استأجر العامل . والوجه الثاني والثالث ما فيه استتجار الأرض والعامل . وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل ، لأن المشروط شيئين غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعاً للآخر . بخلاف المتجانسين فإن الأشرف أو الأصل يجوز أن يستتبع الأخس والفرع ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه غلط ، لأنه جوز في الوجه الأول أن يعمل العامل مستأجراً الأرض وأن يعمل رب الأرض مستأجراً العامل ولا مجال فيه للأول . بل لابد أن يكون المستأجر فيه هو رب الأرض لأن البذر كان من قبله في هذا الوجه ، وقد تقرر فيما مر في الشرط الرابع من شروط صحة المزارعة عندهما أن البذر إذا كان من قبل رب الأرض كان المقود عليه منافع العامل فكان للمستأجر هو رب الأرض . وإنما يصح أن يكون العامل مستأجراً فيما إذا كان البذر من قبله ، إذ يكون المقود عليه حيثئذ منافع الأرض . وعن هذا قال المصنف في تحليل جواز المزارعة في الوجه الأول : لأن البقر آلة العمل فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط بإبرة الخياط فإنه بمنزلة التصريح بأن المستأجر في هذا الوجه هو رب الأرض والعامل هو الأجير كالخياط (قوله وإن كانت الأرض لوأحد والعمل والبقر والبذر لوأحد جازت) لأنه استتجار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجرها بدهام معلومة (أقول : فيه نظر . إذ لا نسلم أنه استتجار الأرض ببعض معلوم كما إذا استأجرها بدهام معلومة ، فإن استتجار الأرض ببعض من الخارج استتجار ببعض مجهول أو معلوم ، وكل ذلك مفسد كما مر في دليل أبي حنيفة على عدم جواز المزارعة ، كيف ولو كان ذلك استتجاراً ببعض

الجانبيين شيء لم تتصور الشركة فتعين الثاني ، وهو إما أن يكون بينهما بالتصنيف أو بإثبات الأكثر . والأول على وجهين على ما هو المذكور في المختصر : أن يكون الأرض والبذر لوأحد والعمل والبقر لآخر وهو الوجه الأول في الكتاب ، وأن يكون الأرض والبقر لوأحد والبذر والعمل لآخر وهو الوجه الرابع فيه . والثاني أيضاً على وجهين : أحدهما أن يكون الأرض لوأحد والباقي لآخر وهو الوجه الثاني ، والآخر أن يكون العمل لأحدهما والباقي لآخر وهو الوجه الثالث ، وهي جائزة إلا الرابع . ووجه

(قوله وهي جائزة إلا الرابع) أقول : أي الوجوه المذكورة جائزة إلا الرابع .

وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا ، لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا إذا شرط وحده وصار كجانب العامل .
وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض . لأن منفعة الأرض قوة في طبعها يحصل بها النماء ،

معلوم لكأنت المزارعة جائزة على مقتضى القياس أيضا ، وقد صرحوا بأن القياس يقتضي أن لا يجوز المزارعة مطلقا لكونها استنجاراً ببعض الخارج ، وهو لا يجوز لكنا يجوزناها فيما إذا كانت استنجار منفعة الأرض أو العامل استحسانا بالنص والتعامل ولم يجوزها فيما سوى ذلك عملا بالقياس لعدم ورود الشرع به فيه . فالحق في تحليل جواز هذا الوجه أن يقال : لأنه استنجار الأرض ببعض الخارج وهو جائز بالنص وتعامل الأمة (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا ، لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا إذا شرط وحده وصار كجانب العامل) قال في العناية : ووجه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب : لو شرط البذر والبقر عليه : أي على رب الأرض جاز ، فكذا إذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل إذا شرط البقر عليه . والجواب أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استنبته لتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استنجاراً للعامل ، وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستنبه ، وكذا في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استنجار الأرض وغير الأرض والعالم وغيره فكان باطلا له . أقول : في هذا الجواب بحث . أما أولا فلأن البذر إذا اجتمع مع الأرض تعين أن يكون رب الأرض مستنجرا والعالم أجيرا فلا يبقى تحليل استنجاع الأرض البذر محل لأن المصير إليه للاحتراز عن لزوم استنجار البذر أصالة . وإذا تعين أن تكون هذه الصورة من قبيل استنجار العامل دون الجانب الآخر لم يبق إحال لزم استنجار البذر سواء استنبته الأرض أم لا فلم يكن للاستنجاع تأثير في هذه الصورة قط . وأما ثانيا فلأن قوله فكان في كل من الجانبين معارضة

كل واحد مذكور في الكتاب وسأوضحه . والمذكور من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية : وعن أبي يوسف رحمه الله أنه جائز أيضا . واعلم أن معنى جواز هذه المسائل وفسادها على أن للمزارعة تنعقد بإجارة وتم شركة ، وانقادها بإجارة إنما هو على منفعة الأرض أو منفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبذر لأنه استنجار بعض الخارج . والقياس يقتضي أن لا يجوز في الأرض والعالم أيضا ، لكنا يجوزنا به بالنص على خلاف القياس ، وإنما ورد النص فيهما دون البذر والبقر . أما في الأرض فأثر عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما وتعامل الناس فاتهم تعاملوا اشتراط البذر على المزارع وحيفت كان مستنجرا للأرض ببعض الخارج . وأما في العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر والتعامل فاتهم ربما كانوا يشترطون البذر على صاحب الأرض فكان حينئذ مستنجرا للعامل بذلك فالتصريح على الجواز بالنص فيهما وبقي غيرهما على أصل القياس ، فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استنجار الأرض أو العامل ببعض الخارج ، أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ، ولكن المنظور فيه هو استنجار الأرض أو العامل بذلك لكونه مورد الأثر ، وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استنجار الآخرين ، أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين ولكن المنظور إليه ذلك : والضابط في معرفة التجانس ما فهم من كلامه وهو أن ما صدر فعله عن القوة الحيوانية فهو جنس وما صدر عن غيرها فهو جنس آخر . فإذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الأصل المذكور . فأما الوجه الأول فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ، فإن الأرض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس ، والمنظور إليه الاستنجار يجعل كأن العامل استنجار الأرض أو رب الأرض استنجار العامل . والوجه الثاني والثالث مما فيه استنجار الأرض والعالم . وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل ، لأن المشروط شيئين غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر . بخلاف المتجانسين فإن الأشرف أو الأصل يجوز أن يستنجع الأخس والفرع . ووجه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب : أو شرط البذر والبقر عليه : أي على رب الأرض جاز ، فكذا إذا شرط البقر

(قوله والمذكور من بطلان الرابع) أقول : لفظه من بيانية (قوله لأنه استنجار بعض الخارج ، والقياس يقتضي أن لا يجوز) أقول : يعني أن لا يجوز الاستنجار ببعض الخارج (قوله ولكن للمنظور إليه ذلك) أقول : كما ستوضح ، وبقوله ذلك إشارة إلى استنجار الأغرس (قوله والمنظور إليه الاستنجار يجعل كأن العامل استنجار الأرض) أقول : فيه بحث ، أما أولا فلا يخالف المشروح وأما ثانيا فلا يخالف لما صرحه نفسه مرارا أن المستنجع هو صاحب البذر .

ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر أن تجعل تابعة لها ، بخلاف جانب العامل لأنه تتجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل . وهاهنا وجهان آخران لم يذكرهما : أحدهما أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر فإنه لا يجوز لأنه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع . والثاني أن يجمع بين البذر والبقر ، وأنه لا يجوز أيضا لأنه لا يجوز عند الانفراد فكذلك عند الاجتماع . والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة . وفي رواية لصاحب الأرض ويصير مستقرضا للبذر

بين استئجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره يشعر بجواز اعتبار استئجار كل من جانبي رب الأرض والعامل في الصورة المذكورة ، وقد مر مرارا أن البذر يعين الجانب الذي وجد فيه لأن يكون مستأجرا للآخر . فالوجه في الجواب أن يقال : إذا شرط البذر والبقر على رب الأرض كان استئجارا للعامل لافترقه أصلا فكان صحيحا قطعا ، وأما إذا لم يشرط البذر عليه بل شرط عليه البقر وحده كان استئجارا للأرض وغيرها الذي هو البقر ، وليس الثاني تابعا للأول لعدم التجانس كما بين في وجه ظاهر الرواية فكان باطلا لعدم ورود الشرع لاستئجار البقر أصالة ببعض من الخارج فتدبر (قوله وهاهنا وجهان آخران لم يذكرهما الخ) قال صاحب العناية : وثمة وجه آخر لم يذكرهما جميعا وهو أن يشترك أربعة على أن يكون البذر من

وحده وصار كجانب العمل إذا شرط البقر عليه . والجواب أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استتبعه للتجانس وضعف جهة البقر منهما فكان استئجارا للعامل . وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستتبعه ، وكذا في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره فكان باطلا . ولقائل أن يقول : استئجار الأرض والعامل منصوب عليه دون الآخرين فكان أرجح ، ويلزم الجواز . ويمكن أن يجاب عنه بأن النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على مامر ضعف العمل به مع وجود المعارض . وقوله كل ذلك بخلق الله تعالى لادخل له في الدليل ، وإنما ذكره لأنه لما أضاف منفعة الأرض إلى قوة في طبيعتها توه أن ينسب إلى القول بالطبيعة فدفع ذلك . وهاهنا وجهان آخران لم يذكرهما القلديري رحمه الله وهما فاسدان ، وقد ذكر المصنف رحمه الله وجه ذلك . وبقي عليه إشكال . وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر فيستوجب عليه أجر مثل أرضه . وأجيب بأن منفعة العامل ومنفعة الأرض صار تامسليتين إلى صاحب البذر لسلامة الخارج لمحكما وكذلك إن لم تخرج الأرض شيئا لأن عمل العامل بأمره في إلقاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب عليه أجر مثله في الوجهين . وثمة وجه آخر لم يذكره : أي القلديري وصاحب الهداية جميعا وهو أن يشترك أربعة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والأرض من آخر والبقر من آخر . قال محمد رحمه الله في كتاب الآثار : أخبرنا عبد الرحمن الأوزاعي عن واصل ابن أبي جيل عن مجاهد أنه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فألقى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الأرض وجعل لصاحب القندان أجرا مسمى وجعل لصاحب الثمنل درهم لكل يوم ولحق الزرع كله لصاحب البذر فهذه مزارعة فاسدة لما

(قال المصنف : لأنه يتم شركة بين البذر والعمل) أقول : لم يقل يتم شركة بين البذر والأرض وبين البذر والبقر ، لأن الشركة غير متعقدة بين البذر من جانب والبقر من جانب ، والبذر من جانب والأرض من جانب ، والعمل من جانب والبقر من جانب ، وأما البذر من جانب ، والعمل من جانب وذرع في أرض مباحة فهو مباح ، ولأجل هذا خص البذر من جانب والعمل من جانب ، وسع كونه مباحا لا يجوز لعدم ورود الشرع بهذا ، ولعل الأول أن يقال : إنما لم يقل كذلك لأن المزارعة عقد شركة بين المال والعمل عندهما كالفسلابة فليتلأ (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على مامر ضعف عن العمل به مع وجود المعارض) أقول : وفيه بحث ، فإن أمور المسلمين تحمل على الصلح ما أمكن (قوله وبقي عليه إشكال) أقول : يعني على الرواية الأولى (قوله وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر ، ويستوجب عليه أجر) حقه الخ (أقول : لا بد من التأمل أنه لم لا يحكم بأجر مثل العامل مع أنه قال : يتم شركة بين البذر والعمل) قوله وجعل لصاحب القندان أجرا (أقول : القندان : البقر الذي يحرث بها . على وزن القننل بالتحديد .

قابضاً له لاتصاله بأرضه . قال (ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة) لما بينا (وأن يكون الخارج شائعاً بينهما) تحقيقاً لمعنى الشركة (فإن شرطاً لأحدهما قفزاناً مساةً فهي باطلة) لأن به تنقطع الشركة لأن الأرض عساها لا يخرج إلا هذا القدر ، فصار كاشتراط دراهم معلومة لأحدهما في المضاربة ، وكذا إذا شرطاً أن يرفع صاحب البئر بلده ويكون الباقي بينهما نصفين ، لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في بعض معين أو في جميعه بأن لم يخرج إلا قدر البئر فصار كما إذا شرطاً رفع الخراج والأرض خراجية وأن يكون الباقي بينهما لأنه معين ، بخلاف ما إذا شرط صاحب البئر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقي بينهما لأنه معين مشاع فلا يؤدي إلى قطع الشركة ، كما إذا شرطاً رفع العشر وقسمة الباقي بينهما والأرض عشرية . قال (وكذا إذا شرطاً ماعلى الماذينات والسواقي) معناه لأحدهما ، لأنه إذا شرط لأحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك إلى قطع الشركة ، لأنه لعله لا يخرج إلا

واحد والعمل من آخر والبقر من آخر والأرض من آخر . أقول : الظاهر أن الكلام في القدر الجارى بين الاثنين ، وإلا فطمة وجوه آخر لم يذكرها ولا أحد غيرهما ، وهى أن يشترك ثلاثة على أن يكون البئر من واحد والعمل من آخر والباقيان من آخر ، أو على أن يكون العمل من واحد والبقر من آخر والباقيان من آخر ، أو على أن يكون البقر من واحد والأرض من آخر والباقيان من آخر إلى غير ذلك من الصور الممكنة بين الثلاثة ، فكان التعرض هاهنا للوجه الذى ذكره صاحب العناية خروجاً عن الصدد . وعن هذا ترى عامة الشراح لم يتعرضوه أصلاً . والأولى هاهنا أن يقال : وثمة وجه آخر لم يذكره جميعاً - وهو أن يكون البئر لأحدهما والبواقي الثلاثة للآخر كما أشار إليه صاحب النهاية عند بيان وجه ضبط الأوجه في صدر المسئلة وبيان انحصارها عقلاً في سبعة . وقال : إن حكمه كحكم أن يكون البئر لأحدهما والباقي للآخر وهو الفساد . وقال صاحب العناية متصلاً بكلامه السابق : قال محمد في كتاب الآثار : أخبرنا عبد الرحمن الأوزاعي عن واصل بن أبي عجل عن مجاهد أنه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فألقى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الأرض وجعل لصاحب القندان أجراً مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم وألقى الزرع كله لصاحب البئر . ثم قال : ومعنى قوله ألقى صاحب الأرض لم يجعل له شيئاً من الخارج لأنه لا يستوجب أجر مثل الأرض ، وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لأن ذلك كان أجر مثل عمله ، ولم يذكر أجر القندان لكونه معلوماً من أجر العامل انتهى كلامه . أقول : توجيه المروى عن النبي عليه الصلاة والسلام بما ذكره محل كلام . أما أولاً فلأن كون معنى قوله ألقى صاحب الأرض لم يجعل له شيئاً من الخارج بما يباهه مقابلة قوله وجعل لصاحب القندان أجراً مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم ، إذ لم يجعل لصاحب القندان ولصاحب العمل أيضاً شيئاً من الخارج بل جعل لكل واحد منهما أجراً كما صرح به الراوى ، فكيف يحسن مقابلتهما بإلقاء صاحب الأرض بالمعنى الذى

فيها من اشتراط القندان على أحدهما مقصوداً به ، وفيها الخارج لصاحب البئر لأنه تمام بلده . ومعنى قوله ألقى صاحب الأرض لم يجعل له شيئاً من الخارج لأنه لا يستوجب أجر مثل الأرض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لأن ذلك كان أجر مثل عمله ، ولم يذكر أجر القندان لكونه معلوماً من أجر العامل . قال (ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة (الخ) معلومة مدة المزارعة شرط جوازها لما بينا : يعنى قوله في بيان شروطها . والثالث بيان المدة لأنه عقد على منافع الأرض الخ . والأصل في هذا أن كل ما كان وجوده شرطاً للجواز فلهما مانع عنه ، لأن الشرط لازم وانتفاءه يستلزم انتفاء المزموم ، وكذا شيوع الخارج تحقيقاً لمعنى الشركة شرط الجواز ، فإذا انتفى ضلعت . وقوله (وصار) كما إذا شرطاً رفع الخراج والأرض خراجية . والخارج خراج وظيفة بأن يكون دراهم مساةً بحسب الخارج وقفزاناً معلومة . وأما إذا كان خراج مقامة وهو جزء من الخارج مشاعاً نحو الثلث أو الربع فإنه لا تقصد المزارعة بهذا الشرط . والماذينات جمع الماذيان وهو أمهر من النهر وأعظم من الجدول ، وقيل ما يتجمع فيه ماء السيل ثم تسمى منه الأرض . والسواقي جمع للساقية وهو فوق الجدول ودون النهر .

من ذلك الموضع : وعلى هذا إذا شرط لأحدهما ما يخرج من ناحية معينة ولا يخرج من ناحية أخرى (وكذا إذا شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب) لأنه عسى أن يصيبه آفة فلا يتعقد الحب ولا يخرج إلا التبن (وكذا إذا شرطاً التبن نصفين والحب لأحدهما بعينه) لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب (ولو شرط الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت) لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ، ثم التبن يكون لصاحب البذر) لأنه بناء بذره وفي حقه لا يحتاج إلى الشرط ، والمقصد هو الشرط ، وهذا سكوت عنه . وقال مشايخ بلخ رحمهم الله : التبن بينهما أيضاً اعتباراً للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ، ولأنه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الأصل ، ولو شرطاً الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت (لأنه حكم العقد) (وإن شرطاً التبن للآخر فسدت) لأنه شرط يؤدي إلى قطع الشركة بأن لا يخرج إلا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط . قال (وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام (وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل) لأنه يستحقه شركة . ولا

ذكره ، اللهم إلا أن يقال : ذلك المعنى وإن كان مما لا يساعده ظاهر اللفظ لكن الضرورة دعت إليه وصارت قرينة عليه . إذ لا محالة أنه لم يتحقق هناك ما يقتضي كون صاحب الأرض متبرعاً . فلا جرم أنه استوجب أجر مثل أرضه . وأما ثانياً فلأن قوله ولم يذكر أجر القندان لكونه معلوماً من أجر العامل منقول فيه . إذ لا يخفى أنه لا يلزم التوافق بين أجر القندان وأجر العامل . بل لا يجوز أن يكون أجر أحدهما نصف أجر الآخر أو ثلثه أو ربعه أو غير ذلك فكيف يعلم أجر أحدهما من الآخر سيما إذا كان المعين مؤخرًا عن المبيع في الذكر . اللهم إلا أن يقال : كان العرف جارياً في ذلك الزمان على اعتبار تساويهما في الأجر فبناء على ذلك يجوز أن يعلم أجر أحدهما من أجر الآخر . لكن الأظهر عندى أن يكون عدم ذكر أجر القندان على التعيين بناء على عدم جزم الراوى بعين الأجر الذى جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحب القندان فقال : وجعل لصاحب القندان أجراً مسمى : يعنى جعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم أجراً ساه . ولكن لا أجزم بخصوصه كما أجزم بخصوص ما جعله لصاحب العمل (قوله وكذا إذا شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب لأنه عسى تصيبه آفة فلا يتعقد الحب ولا يخرج إلا التبن) أقول : في هذا التعليل قصور . إذ على تقدير انقضاء الحب أيضاً يفسد الشرط المذكور عقد المزارعة لكونه مؤدياً إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ، والشركة فيما هو المقصود من لوازم صحة عقد المزارعة كما هو الأصل المقرر المبني عليه المسائل الآتية كما ترى . فالأولى في تعليل هذه المسئلة أن يقال : لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب كما قاله في تعليل المسئلة الآتية المتصلة بها . وكان صاحب الكافي تنبه لما قلنا حيث ترك التعليل الذى ذكره صاحب البداية هنا ، وجمع المستلثين في تعليل واحد فقال : وكذا لو شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب . أو شرط التبن نصفين والحب لأحدهما بعينه لأنه يقطع الشركة في الحب وهو المقصود انتهى (قوله وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام . وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل) أقول : عبارة الكتاب هاهنا قاصرة عن إفادة تمام المراد . لأن المزارعة الصحيحة كما

كذا في المغرب . وقوله (اعتباراً للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان) فإن العرف عندهم أن الحب والتبن يكون بينهما نصفين ، وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب . وقوله (والتبع يقوم بشرط الأصل) يعنى لما كان الأصل وهو الحب مشتركاً بينهما باشتراطهما فيه نصاً كان التبع وهو التبن مشتركاً بينهما أيضاً تبعاً للأصل وإن لم يذكر في الشركة فكان معناه والتبع يتصف بصفة الأصل . وقوله (لأنه حكم العقد) يعنى أنهما لو سكتا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر لأنه موجب العقد . فإذا نصاً عليه كأنما صرحا بما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد . فكان وجود الشرط وعدمه سواء . وأما إذا شرطاً التبن لغير صاحب البذر فإن استحقاقه له يكون بالشرط لأنه ليس حكم العقد . وذلك شرط يؤدي إلى قطع الشركة بأن يخرج إلا التبن . وكل شرط شأنه ذلك مفسد للعقد فكانت المزارعة فاسدة . قال (وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) المزارعة

(قال المصنف : وكذا إذا شرطاً لأحدهما التبن) أقول : إن كان المراد من أحدهما الواحد المعين وهو غير صاحب البذر فسلم . ولكن ظاهر

شركة في غير الخارج ، وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره ، بخلاف ما إذا فسدت لأن أجر المثل في الذمة ولا تقوت الذمة بعدم الخارج . قال (وإذا فسدت فالخارج لصاحب البئر) لأنه نماء ملكه ، واستحقاق الأجر بالتسمية وقد فسدت فبقى النماء كله لصاحب البئر . قال (ولو كان البئر من قبل رب الأرض فللعامل أجر مثله لا يزداد على مقدار ما شرط له من الخارج) لأنه رضى بسقوط الزيادة : وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (وقال محمد : له أجر مثله بالنماء ما بلغ ، لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها إذا لامت لها وقد مر في الإجازات) وإن كان البئر من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه (لأنه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد فيجب ردها قيمتها . وهل يزداد على ما شرط له من الخارج ؟ فهو على الخلاف الذي ذكرناه) ولو جمع بين الأرض والبئر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل أجر

تكون استجارا للعامل وذلك فيما إذا كان البئر من جانب رب الأرض كذلك تكون استجارا للأرض وذلك فيما إذا كان البئر من جانب العامل . وقوله وإن لم تخرج الأرض شيئا فلا شيء للعامل يفيد حكم الصورة الأولى دون الصورة الثانية ، بل يدل على كون الحكم في الثانية على خلاف الحكم في الأولى بمقتضى قولهم إن تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه . فكان الظاهر أن يقال : وإن لم تخرج الأرض شيئا فلا شيء لأحد من المتماثلين ، لا يقال : على المصنف قوله وإن لم تخرج الأرض شيئا فلا شيء للعامل بقوله لأنه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج ، وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره . ولما جرى هذا التعليل في صورة استجار الأرض أيضا فهم منه حكم هذه الصورة أيضا فكتفى بذكره .

إما أن تكون صحيحة أو فاسدة . فإن كانت صحيحة فاما إن أخرجت الأرض شيئا أولم تخرج . فإن أخرجت فالخارج على ما شرط لصحة الالتزام ، فإن العقد إذا كان صحيحا يجب فيه المسمى وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمى ، وإن لم تخرج فلا شيء للعامل لأنه يستحقه شركة : يعني في الانتهاء ، ولا شركة في غير الخارج . فإن قيل : كانت المزارعة إجارة ابتداء فلا بد من الأجرة : أجاب بقوله : وإن كانت المزارعة إجارة فالأجر مسمى وقد فات فلا يستحق غيره . واستشكل بمن استأجر رجلا بعين فعمل الأجير وهلك العين قبل التسليم فإنه على المستأجر أجر المثل كلا فليكن هذا مثله . لأن المزارعة قد صحت والأجر مسمى وهلك الأجر قبل التسليم . وأجيب بأن الأجر هاهنا هلك بعد التسليم لأن المزارع قبض البئر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الأصل قبض لفرعه والأجرة العين إذا هلكت بعد التسليم إلى الأجير لا يجب للأجير شيء آخر فكلها هاهنا ، وإن كانت فاسدة فلا فرق بين أن تخرج الأرض وأن لا تخرج في وجوب أجر المثل للعامل ، لأنه في الذمة للذمة لا تقوت بعدم الخارج . فإن أخرجت شيئا فالخارج لصاحب البئر لأنه نماء ملكه واستحقاق الأجر منه بالتسمية وقد فسدت ، وإن كان البئر من قبل رب الأرض فللعامل أجر مثله لا يزداد على قدر المشروط له لأنه رضى بسقوط الزيادة . وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : له أجر مثله بالنماء ما بلغ ، لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها إذا لامت لها . قال المصنف رحمه الله (وقد مر في الإجازات) قال صاحب النهاية رحمه الله : وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع تقييد : لأنه ذكر في باب الإجارة الفاسدة من كتاب الإجازات في مسئلة ما إذا استأجر حارا ليحمل عليه طعاما بقبض منه بالإجارة فاسدة . ثم قال : ولا يتجاوز بالأجر قبض . لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمي ومن أجر المثل ، وهذا بخلاف ما إذا

التفريق بينهما ، وإن كان ما يبيع له ولصاحب البئر ففساده ممنوع مطلقا ، فإن التين نماء البئر ، فالشرط حينئذ حكم العقد على ما سيحكي . فتلايد التعليل التي ذكره على فساد ، وإن كان المقصد قطع الشركة فيما هو المقصود فلا دخل فيه لعدم انعقاد الحب ، إذ لو انعقد نفسه أيضا كما لا يخفى (قوله وأجيب بأن الأجر هاهنا البيع) أقول : وهذا الجواب لا يتفق إذا أورد الإشكال بصاحب الأرض والبئر والمثل والبئر من المزارع فتأمل (قوله والأجرة العين إذا هلكت بعد التسليم الخ) أقول : وفي قول المصنف لأن أجر المثل في الذمة إشارة إلى أن الأجر في الصور المضممة ليس في الذمة ، وذلك بالتسليم كما لا يخفى (قوله ثم قال : ولا يتجاوز بالأجر قبض الخ) أقول : فيه شيء

مثل الأرض والبقر) هو الصحيح . لأن له مدخلا في الإجارة وهي إجارة معنى (وإذا استحق رب الأرض الخارج لبلده في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه) لأن النماء حصل في أرض مملوكة له (وإن استحقه العامل أخذ قدر بلوه وقدر أجر الأرض وتصدق بالفضل) لأن النماء يحصل من البلو ويخرج من الأرض . فساد الملك في منافع الأرض أوجب خيئا فيه ، فما سلم له بعض طاب له وما لا عوض له تصدق به . قال (وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البلو من العمل لم يجبر عليه) لأنه لا يمكنه المضى في العقد إلا بضرر يلزمه . فصار كما

لأننا نقول : عبارة المسئلة عبارة مختصر القدرى ، والمواخذة بقصورها في إفادة تمام المراد إنما ترد على القدرى . فالتعليل الذى ذكره المصنف بعد مدة طويلة كيف ينفخ عنه التقصير السابق . ولئن سلم ذلك فلا نسلم جريان التعليل المذكور . وتماه في صورة استتجار الأرض أيضا ؛ ألا ترى أن عامة الشراح ذكروا أن قوله وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره يشكل بمن استأجر رجلا بعين فعمل الأجير . وهلكت العين قبل التسليم فإنه يجب على المستأجر أجر المثل فليكن هذا مثله . لأن المزارعة صحت والأجر مسمى وهلك الأجر قبل التسليم . وأجابوا عنه بأن الأجر هاهنا هلك بعد التسليم لأن المزارع قبض البلو الذى ينزع منه الخارج وقبض الأصل قبض لفرعه ، والأجرة العين إذا هلكت بعد التسليم إلى الأجير لا يجب للأجير شيء ، آخر فكذا هاهنا انتهى . ولا يذهب عليك أن هذا الجواب لا يتمشى في صورة استتجار الأرض فإن رب الأرض لا يقبض البلو الذى ينزع

اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالنفا ما بلغ عند محمد رحمه الله ، لأن المسمى هناك غير معلوم ، فلم يصح الخط في مجموع هذا الذى ذكره في الإجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالنفا ما بلغ في الإجارة الفاسدة كما هو قولهما إلا في الشركة في الاحتطاب . ثم ذكر هاهنا وقال محمد : له أجر مثله بالنفا ما بلغ . إلى أن قال : وقد مر في الإجازات ، وذلك يدل على أن مله في جميع الإجازات الفاسدة يبلغ الأجر بالنفا ما بلغ وليس كذلك . وأجب بأن هذه الإجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب لأن الأجر غير معلوم قبل خروج الخارج وهذه حوالة بلا تغيير . وإن كان البلو من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه لأنه استوفى منافع الأرض بقدر فاسد فيجب ردّها وقد تعلو فيصار إلى المثل ولا مثله فيجب ردّ قيمتها ، وهل يزداد على قدر المشروط له من الخارج أو لا ؟ فهو على الخلاف المأثور ، ولو جمع بين الأرض والبقر حتى فسدت المزارعة كان على العامل أجر مثل الأرض والبقر هو الصحيح . لأن للبقر مدخلا في الإجارة بلحواز إيراد عقد الإجارة عليه والمزارعة إجارة معنى فتعقد المزارعة عليه فاسدا ويجب أجر المثل (وقوله هو الصحيح) احتراز عن تأويل بعض أصحابنا : رحمهم الله لقول محمد رحمه الله في الأصل : لصاحب البقر والأرض أجر مثل أرضه وبقره على صاحب البلو أن المراد به أن يجب أجر مثل الأرض مكروبة . أما البقر فلا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة بحال فلا يتعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا . ووجب أجر المثل لا يكون بدون عقد لأن المنافع لا تنتمى ببلونه . وقوله (وإذا استحق رب الأرض الخ) واضح خلا أنه يحتاج إلى فارق بين خيبت يمكن في منفعة الأرض فأوجب التصديق بالفضل ، وبين خيبت يمكن في عمل العامل فلم يوجب ذلك . وفي كلام المصنف رحمه الله إشارة إلى ذلك حيث قال : لأن النماء يحصل من البلو ويخرج من الأرض : يعنى فهو يحتاج إليهما على ما جرت به العادة احتجابا بالنفا فكان الخيبت شديدا فأورث وجوب التصديق . وعمل العامل وهو إلقاء البلو وفتح الجدول ليس بتلك المثابة بلحواز حصوله ببلونه عادة . كما إذا هبت الريح فألقت البلو في أرض وأمطرت السماء فكان ما يمكن به شبه الخيبت فلم يورث وجوب ذلك . قال (وإذا عقدت المزارعة) في هذا بيان صفة عقد المزارعة بكونه لازما أو غيره وهو لازم في حال دون حال . أما بعد

وجوابه أن معمول ذكر مخوف ، والتقدير ذكره (قوله في مجموع هذا الذى ذكره في الإجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالنفا ما بلغ) ثم ذكر في الإجازات القديمة (أقول : فيه شيء ، والظاهر أن قوله ثم ذكره من قلم الناسخ) قوله لأن الأجر غير معلوم قبل خروج الخارج الخ) أقول : لا يلزم التعليل المذكور من قبله هاهنا .

إذا استأجر أجيرا ليهدم داره (وإن امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل) لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الإجارة ، إلا إذا كان عنده يفسخ به الإجارة فيفسخ به المزارعة . قال (ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب) قيل هنا في الحكم ، فأما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لأنه غره في ذلك . قال (وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) اعتبارا بالإجارة ، وقد مر الوجه في الإجازات ، فلو كان دفعها في ثلاث سنين فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يستحصد الزرع حتى مات رب الأرض ترك الأرض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط ، وتنقض المزارعة فيما بقي من السنتين لأن في إبقاء العقد في السنة الأولى مراعاة للحقين .

منه الخارج حتى يكون قبضه قبضا لفرعه فلم يتم التحليل المذكور في حق هاتيك الصورة فتعين القصور تأمل (قوله ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب) لأن المأني به مجرد المنفعة ، وهو لا يتقوم إلا بالعقد ، والعقد قومه يميز من الخارج وقد فات ، كذا في عامة الشروح . وقال بعد ذلك في النهاية ومعراج النראה : ولأن المزارع عامل لنفسه لأنه استأجر الأرض ليقم العمل فيها لنفسه ، والعامل لنفسه لا يستوجب الأجر على غيره انتهى . أقول : ليس هذا بسديد ، إذ قد مر مرارا وتقرر أن البذر إذا كان من قبل رب الأرض تعين أن يكون المستأجر هو رب الأرض ، والمقروض في مسئلته أن يكون البذر من قبل رب الأرض فكيف يتم القول بأن المزارع استأجر الأرض ليقم العمل فيها لنفسه (قوله وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالإجارة) هذا جواب القياس . وأما في الاستحسان فيبقى عقد المزارعة إلى أن يستحصد الزرع ، كذا في الشروح ، وعزاه في النهاية ومعراج النראה إلى المبسوط والنجية . وقال بعد ذلك في العناية :

إلقاء البذر في الأرض فإنه لازم من الجانبين ليس لأحدهما فسخه إلا بغيره ، وأما قبله فلازم من جهة من ليس البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو من جهته ، فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لأنه لا يمكنه المضى على العقد إلا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر في الحال فصار كمن استأجر رجلا ليهدم داره (وإن امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر) سوى ما التزمه بالعقد لأنه التزم إقامة العمل وهو قادر عليها (والعقد لازم) من جهته بمنزلة الإجارة إلا إذا كان عنده يفسخ به الإجارة (كالمرض المانع للعامل عن العمل والدين الذي لاوفاء به عنده لا يبيع الأرض) فتفسخ به المزارعة ، ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب (لأن المأني به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم إلا بالعقد ، والعقد قومه يميز من الخارج وقد فات) قيل (هذا) الجواب (في الحكم) ، فأما فيما بينه وبين الله تعالى فيلزمه استرضاء العامل لأنه غره في الاستعمال ، وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) قياسا على الإجارة لكونها عقدا فيه الإجارة (وقد مر الوجه في الإجازات) وهو قوله لأنه لو بقي العقد صار المنفعة للملكة أو الأجرة لغير العاقد مستحقا بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوراث وذلك لا يجوز . وفي الاستحسان يبقى العقد إلى أن يستحصد الزرع نظرا للمزارع ، فإنه في الزرع غير متمتع . فلو لم يبق العقد وانتقل الأرض إلى ورثة ربها لقلعوا الزرع وقصرو به المزارع ، ولا يجوز إلحاق الضرر على غير المتعدي ، وإليه أشار المصنف بقوله (فلو كان دفعها في ثلاث سنين الخ) وأعلم أنه أراد بقوله (وإذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع ، لأن الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما إذا نبت الزرع أو لم ينبت ، ولكنه ذكر جواب الثابت في قوله في وجه الاستحسان (فلما نبت الزرع في السنة الأولى) ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ، ولعله ترك ذلك

(قوله وإن امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل) أقول : الظاهر الإطلاق عن هذا التقييد ، فقد يكون العمل على صاحب البذر أيضا ، ويكون من الجانب الآخر الأرض فقط (قوله ضرر سوى ما التزمه بالعقد) أقول : فيه بحث (قوله لقلعوا الزرع وتفسر به المزارع) أقول : التعلق بخصوص بما إذا كان البذر من قبل العامل ، أما إذا كان من جهة رب الأرض فالقلع بإتلاف المأني ولا يرتكبه عامل ، فوجهه حيث لو فسخ العقد يوجب عمله غنايا يهدم ما ظهره .

بخلاف السنة الثانية والثالثة لأنه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس (ولو مات رب الأرض قبل الزراعة بعد ما كرب الأرض وحفر الأنهار انتقضت المزارعة) لأنه ليس فيه إبطال مال على المزارع (ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل) لما بينه إن شاء الله تعالى (وإذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الأرض فاحتاج إلى بيعها جاز) كما في الإجارة (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض وحفر الأنهار بشيء)

واعلم أنه أراد بقوله وإذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لأن الذي يكون قبله مذكور فيما يليه . ولم يفصل بين ما إذا نبت الزرع أو لم ينبت . ولكنه ذكر جواب الثابت في قوله في وجه الاستحسان فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ، ولعله ترك ذلك اعتيادا على دخوله في إطلاق أول المسئلة انتهى . أقول : فيه بحث . لأن ما ذكر في أول المسئلة إنما هو جواب القياس كما صرحوا به قاطبة فيدخل فيه ما نبت الزرع عند موته وما لم ينبت . ولا شك أن مراده بالجواب في قوله ولكنه ذكر جواب الثابت في قوله في وجه الاستحسان : فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته إنما هو جواب الاستحسان : فكيف يتم قوله ولعله ترك ذلك اعتيادا على دخوله في أول إطلاق المسئلة . ولا ريب أن دخوله في جواب القياس لا يقتضي دخوله في جواب الاستحسان أيضا . وعن هذا اختلف المشايخ فيه كما صرح به في اللخيرة حيث قال : وإذا مات رب الأرض بعد الزراعة قبل النبات هل تبقى المزارعة ؟ فيه اختلاف المشايخ انتهى (قوله وإذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الأرض فاحتاج إلى بيعها جاز كما في الإجارة) قال في النهاية : ثم هل يحتاج في فسح المزارعة إلى قضاء القاضى أو إلى الرضا ؟ ذكر في اللخيرة فيه اختلاف الروايات فقال : لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا على رواية الريادات لأنها في معنى الإجارة . وعلى رواية كتاب المزارعة والإجازات والجامع الصغير لا يحتاج فيه إلى القضاء ولا إلى الرضا . بعض مشايخنا المتأخرين أخذوا برواية الريادات ، وبعضهم أخذ برواية الأصل والجامع الصغير انتهى . وقال في النهاية : والتشبيه بالإجارة يشير إلى أنه اختار رواية الريادات فإنه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا لأنها في معنى الإجارة ، وعلى رواية كتاب المزارعة والإجازات والجامع الصغير لا يحتاج فيه إلى ذلك انتهى . أقول : فيه نظر . لأن التشبيه بالإجارة إنما يصلح للإشارة إلى أنه اختار رواية الريادات أن لو كانت الرواية في الإجارة مقصورة على افتقار الفسخ فيها إلى القضاء أو الرضا . أو كان المصنف قد اختار هناك صريحا رواية افتقار الفسخ إلى أحدهما ولم يكن شيء منهما ، فإن المصنف قال هناك : ثم قول القلورى فسح القاضى إشارة إلى أنه يفتقر إلى قضاء القاضى في النقض . وهكذا ذكر في الريادات في علر الدين . وقال في الجامع الصغير : وكل ما ذكرنا أنه علر فالإجارة فيه تنقضى . وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضى انتهى فتأمل (قوله وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض وحفر الأنهار بشيء) قال في النهاية : الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل يتصور في صور ثلاث ، ذكر في الكتاب صورتين منها . وهما ما إذا فسح بعد ما كرب الأرض وحفر الأنهار ، وما إذا فسح بعد نبت الزرع قبل أن يستحصد . ولم يذكر ما إذا فسح بعد ما زرع العامل الأرض إلا

اعتيادا على دخوله في إطلاق أول المسئلة (ولو مات رب الأرض قبل الزراعة بعد ما كرب العامل الأرض وحفر الأنهار انتقضت المزارعة . لأنه ليس فيه إبطال مال على المزارع . ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل) لما سيذكر بعيد هذا (وإذا فسخت المزارعة بدين فادح) أى ثقيل ، من فسحه الأمر : أى أثقله (لحق صاحب الأرض أحوجه إلى بيعها جاز) (كما في الإجارة) والتشبيه بالإجارة يشير إلى أنه اختار رواية الريادات فإنه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا لأنها في معنى الإجارة . وعلى رواية كتاب المزارعة والإجازات والجامع الصغير لا يحتاج فيه إلى ذلك (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض وحفر الأنهار بشيء)

(قوله اعتيادا على دخوله في إطلاق أول المسئلة) أقول : فيه تأمل ، فإن التعليل بمعاملة الحقير يشمل أيضا فكيف يدخل في إطلاق أول المسئلة وسيجى في هذا الدرس من التارخ في مسئلة الفسخ بمقر الخ ما يؤيد ما قلناه (قوله لا يحتاج فيه إلى ذلك الخ) أقول : كما في الإجارة .

لأن المنافع إنما تتقوم بالعقد وهو إنما قوّم بالخارج فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء (ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الأرض في الدين حتى يستحصد الزرع) لأن في البيع إبطال حق المزارع ، والتأخير أمون من الإبطال (ويخرج القاضى من الحيس إن كان حيسه بالدين لأنه لما امتنع بيع الأرض لم يكن هو ظالمًا والحيس جزء الظلم .

أنه لم ينبت بعد حتى لحق رب الأرض دين فادع هل له أن يبيع الأرض ؟ ذكر في اللخيرة أن فيه اختلاف للمشايخ ، وكان الشيخ أبو بكر العتاني يقول له ذلك لأنه ليس لصاحب البئر في الأرض عين مال قائم ، لأن التبذير استهلاك ولهذا قالوا : إن لصاحب البئر فسخ المزاغة لأنه يحتاج إلى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له في الحال ، وحصوله في الثاني غير معلوم فكان هذا بمنزلة ما قبل التبذير . وكان الشيخ أبو إسحاق الحافظ يقول : ليس له ذلك لأن التبذير استثناء مال وليس باستهلاك ، ألا يرى أن الأب والوصى يملكان زراعة أرض الصبي ولا يملكان استهلاك مال الصبي ، وإذا كان كذلك كان للمزارع في الأرض عين مال قائم انتهى . وقال في الفتاوى : لم يذكر المصنف الصورة الثالثة ، وهى ما إذا فسخ بعد مازرع العامل الأرض إلا أنه لم ينبت حتى لحق رب الأرض دين فادع هل له أن يبيع الأرض ؟ فيه اختلاف للمشايخ . قال بعضهم : له ذلك لأنه ليس لصاحب البئر في الأرض عين قائم ، لأن التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير . وقال بعضهم : ليس له ذلك لأن التبذير استثناء وليس باستهلاك ، ولهذا يملك الأب والوصى زراعة أرض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع في الأرض عين قائم . ولعل هذا اختيار المصنف ، ولم يذكره لأن البئر إن كان لصاحب الأرض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع . وإن كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية انتهى . أقول : إن قوله وإن كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية كلام خال عن التحصيل ، لأنه إن أراد بدخولها في الصورة الثانية دخولها في نفس الصورة الثانية فليس بصحيح جدا . إذ قد اعتبر في الصورة الثانية نيات الزرع وفي الصورة الثالثة عدم نياته ، فأتى بتصوّر دخول إحداها في الأخرى ، وإن أراد بذلك دخولها في حكم الصورة الثانية فهو صحيح على قول بعض المشايخ ، لكن لا يصلح لأن يكون وجهها لعدم ذكر تلك

لأن المنافع إنما تتقوم بالعقد وهو إنما قوّم بالخارج ، فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء) وهذا هو الموعود وقد ذكرناه من قبل . قال في الفتاوى : وهذا الجواب بهذا التعليل إنما يصح أن لو كان البئر من قبل العامل ، أما إذا كان البئر من قبل رب الأرض فللعامل أجر مثل عمله ، وذلك لأن البئر إذا كان من قبل العامل يكون مستأجرا للأرض فيكون العقد واردا على منفعة الأرض لا على عمل العامل فيبقى عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم على رب الأرض . وأما إذا كان البئر من قبل رب الأرض حتى كان رب الأرض مستأجرا للعامل فكان العقد واردا على منافع الأجير فيتقوم منافعه وعمله على رب الأرض ويرجع على رب الأرض بأجر مثل عمله ، كذا في اللخيرة محالة إلى مزاولة شيخ الإسلام رحمه الله ، وفيه نظر ، لأن منافع الأجير وعمله إنما يتقوم على رب الأرض بالعقد ، والعقد إنما قوّم بالخارج (فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء) ثم الفسخ بعد عقد المزاولة وعمل العامل متصوّر في صور ثلاث : ما إذا فسخ بعد ما كبرب الأرض وحضر الأهبار وهو ماضى فيه وقد ظهر حكمه . وما إذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد بعد ، وحكمه أن لاتباع الأرض بالدين حتى يستحصد الزرع لأن في البيع إبطال حق المزارع ، وفي التأخير إن كان إضرارا بالفرءاء لكن التأخير أمون من الإبطال ، ويخرج القاضى من الحيس إن كان حيسه بالدين لأنه امتنع من بيع الأرض ولم يكن هو ظالما في ذلك والحيس جزء الظلم . ولم يذكر المصنف رحمه الله الصورة الثالثة ما إذا فسخ بعد ما زرع العامل الأرض ، إلا أنه لم ينبت حتى لحق رب الأرض دين فادع هل له أن يبيع الأرض ؟ فيه اختلاف للمشايخ رحمه الله . قال بعضهم : له ذلك لأنه ليس لصاحب البئر في الأرض عين قائم ، لأن التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير . وقال بعضهم : ليس له ذلك لأن التبذير استثناء مال وليس باستهلاك ، ولهذا يملك الأب والوصى زراعة أرض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع في الأرض عين قائم ، ولعل هذا اختيار المصنف رحمه الله ، ولم يذكره لأن البئر إن كان لصاحب الأرض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع ، وإن كان للعامل فقد دخل

(قوله وحكمه أن لاتباع) أقول : إذا لم يبيع لم يفسخ العقد .

قال (وإذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الأرض إلى أن يستحصد والثقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما) معناه حتى يستحصد - لأن في بقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار إليه . وإنما كان العمل عليهما لأن العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك ، وهذا بخلاف ما إذا مات رب الأرض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل . لأن هناك أبقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل . أما هاهنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا إبقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه (فإن أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه وأمر القاضي فهو منطوق) لأنه لا ولاية له عليه (ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقل لم يكن له ذلك) لأن فيه إضرارا بالمزارع . ولو أراد المزارع أن يأخذه بقل قبل لصاحب الأرض أقلع الزرع فيكون بينهما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وأرجع بما تنفقه في حصته . لأن المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه . لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه . ورب الأرض بخير بين هذه الخيارات

الصورة بالكلية ، لأن دخولها في حكم الصورة الثانية على قول بعض المشايخ إنما يعرف ببيان حكمها من قبل . وإذا لم يذكر تلك الصورة قط فنأين يعلم أن حكمها حكم الصورة الثانية كما قال به بعض المشايخ ، أو حكمها الصورة الأولى كما قال به بعضهم الآخر . والأوجه عندي أن المصنف إنما لم يذكر تلك الصورة تأسيًا بالإمام محمد رحمه الله . فإنه لم يذكرها في كتابه كما بينه صاحب الذخيرة حيث قال : وإن كان المزارع قد زرع الأرض إلا أنه لم ينبت بعد حتى لحق رب الأرض دين فادع هل له أن يبيع الأرض ؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة في الكتاب ، وقد اختلف المشايخ فيها انتهى (قوله لأن المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه ، لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه) فإن قيل : ترك النظر لنفسه

في الصورة الثانية ، وإله أعلم . قال (وإذا انقضت مدة المزارعة البغ إذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك بقي الزرع وكان على المزارع أجر مثل نصيبه من الأرض إلى أن يستحصد الزرع : حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه أجر مثل نصف الأرض لأن المزارعة لما انقضت بانتضاء المدة لم يبق للعامل حتى في منفعة الأرض . وهو يستوفى بترية نصيبه من الزرع إلى وقت الإدراك فلا تسلم له مجانا ، والثقة على الزرع وهي مؤنة الحفظ والسق وكرى الأنهار عليهما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد كثافة العبد المشترك العاجز عن الكسب . وقوله (لأن في بقية الزرع) دليل وجوب الأجر . ووجه ذلك أننا لو أمرنا العامل بقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرر به ، وإن أبقيناه بلا أجر تضرر رب الأرض فبقيناه بالأجر تعديلا للنظر من الجانبين والعمل عليهما لما ذكر في الكتاب وهو واضح . وهذا بخلاف ما إذا مات رب الأرض فإنه يبق الزرع بلا أجر ولا اشتراك في الثقة ولا اشتراك في العمل ، وكلامه فيه أيضا واضح ، فإذا انقضت المدة واحتاج الزرع إلى الثقة فأنفق أحدهما بغير إذن صاحبه فهو منطوق لأنه أنفق على ملك الغير بغير أمره . لا يقال : هو مضطر لإحياء حقه فلا يوصف بالترع ، لأن تمكنه من الاستئذان من القاضي يمنع الاضطرار (ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقل لم يكن له ذلك لما فيه من الإضرار بالمزارع) ولو أراد المزارع ذلك مكن منه ، وبغير رب الأرض بين الأمور الثلاثة المذكورة في الكتاب بدليلها . فإن قيل ترك النظر لنفسه إنما يجوز إذا لم يتضرر به غيره وهاهنا يتضرر رب الأرض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر في ذلك لم لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الأرض ؟ أجيب بأن رب الأرض متعنت في طلب القلع لا تتفاهه بنصيبه وبأجر المثل فرد عليه . بخلاف المزارع فإنه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل . فربما يخاف أن نصيبه من الزرع لا يفي بذلك .

(قوله وإن بقيناه بلا أجر تضرر رب الأرض) أقول : حيث تكون أرضه مشغولة بملك الغير جبراً (قال المصنف : لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهي) أقول : فيه تصاح ، فإن العقد قد انتهى .

لأن بكل ذلك يستدفع الضرر (ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل إلى أن يستحصد الزرع وأبى رب الأرض فلهم ذلك) لأنه لا ضرر على رب الأرض (ولا أجر لهم بما عملوا) لأننا أبقينا العقد نظرا لهم، فإن أراحوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بيننا، والمالك على الخيارات الثلاث لما بيننا. قال (وكذلك أجرة الحصاد والرافع والدياس والتلوية عليهما بالحصص. فإن شرطاه في المزارع على العامل فسدت) وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات. ووجه ذلك أن العقد بتناهي بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب موثته عليهما. وإذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لأحدهما يفسد العقد كشرط الحمل أو الضمن على العامل. وعن أبي يوسف أنه يجوز إذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ. قال شمس الأئمة السرخسي: هذا هو الأصح في ديارنا. فالحاصل أن ما كان من عمل قبل الإدراك كالسقي والحفظ فهو على العامل، وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية للحصاد والدياس وأشباههما على ما بيناه، وما كان

إنما يجوز إذا لم يتقرر به غيره وماذا يتقرر رب الأرض واستدفاع الضرر ليس بمتحصر فيما ذكر لم لا يجوز أن يكون المانع عن القلع كرب الأرض؟ أجيب بأن رب الأرض تمتعت في طلب القلع لانقضاءه بتقصيه وبأجر المثل فرد عليه، بخلاف المزارع فإنه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل فرما يخاف أن يصيبه من الزرع مالا يفي بذلك، كذا في العناية وغيرها. أقول: لقائل أن يقول: إن رب الأرض أيضا ليس بمتمتع في طلب القلع، بل هو يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من الثقة على تقدير الإبقاء، فرما يخاف أن يصيبه من الزرع مالا يفي بنفقة حصته فليأمل اهـ.

وقوله (ولو مات المزارع) ظاهر. وقوله (لما بيننا) إشارة إلى قوله لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهى الخ) وقوله والمالك على الخيارات الثلاث) يعني المذكورة إلا أنه في هذه الصورة لو رجع بالنفقة رجع بأكملها إذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد وقوله (على ما بيننا) إشارة إلى قوله لأن المزارع لما امتنع عن العمل الخ. قال (وكذا أجرة الحصاد والرافع) قد تقدم معنى الحصاد والدياس في البيع الفاسد. والرافع بالفتح والكسر: هو أن يرفع الزرع إلى البيدر. والتلوية: تميز الحب من التبن بالريش. ولما كان القدوري ذكر هذه المسئلة عقب انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك ربما يوم اختصاصا بذلك فقال المصنف وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والأصل أن اشتراط ما ليس من أعمال المزارعة على أحد المتعاقدين يفسدها لأنه شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لأحدهما ومثله يفسد الإجارة فكذا المزارعة لأن فيها معنى الإجارة والفواصل بين ما هو من أعمالها وغيره أن كل ما ينبت وينسى ويزيد في الخارج فهو من أعمالها، وما فلا وعلى هذا الحصاد والدياس والتلوية ورفع إلى البيدر إذا شرط شيء منها على أحدهما فسدت في ظاهر الرواية. وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف أنها إذا شرطت على العامل جازت للتعامل اعتبارا للاستصناع. وقال شمس الأئمة: هذا هو الأصح في ديارنا، والمصنف جعل الأعمال ثلاثة: ما كان قبل الإدراك كالسقي والحفظ وهو من أعمالها، وما كان بعد الإدراك قبل القسمة كالحصاد والدياس ونحوهما، وما كان بعد القسمة كالحمل إلى البيت والطحن وأشباههما وهما ليسا من أعمالها فيكونان عليهما، لكن فيها هو قبل القسمة على الاشتراك وفيها هو بعدها على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لتمييز ملك

(قال المصنف: لأن بكل ذلك يستدفع الضرر) أقول: فيه شيء، فإن قولنا لصاحبها اقطع الزرع إلزام للضرر. وجوابه أن المراد بكل ذلك على وجه التنبيه (قوله وقال شمس الأئمة: هذا هو الأصح في ديارنا) أقول: وفيه بحث، لأن كونها أصح، إما أن يكون رواية أو دابة. ولا يصح شيء منها لأن الروايات والدلائل لا تتعلق بديار دون أخرى. ويمكن أن يقال: دليل هذه المسئلة الدرف. وهو يختلف باختلاف الديار، والله أعلم.

بعد القسمة فهو عليهما ، والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل إدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل ، وما كان بعد الإدراك كالجدا والحقن فهو عليهما ، ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لأنه لا عرف فيه . وما كان بعد القسمة فهو عليهما لأنه مال مشترك ولا عقد . ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه . ولو أراد أرا فصل التفصيل أوجد التمر يسرا أو التفريط الرطب فذلك عليهما لأنهما أنبيا العقد لما عزم على الفصل والجداد يسرا فصار كما بعد الإدراك . والله أعلم .

(كتاب المساقاة)

(قال أبو حنيفة : المساقاة يجزء من الثمر باطلة ، وقالوا : جائزة إذا ذكر مدة معلومة ونهى جزءا من الثمر . شاعا)

(كتاب المساقاة)

قال في غاية البيان : كان من حق الوضع أن يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة ، لأن المساقاة جائزة بلا خلاف . ولهذا قدم الطحاوي المساقاة على المزارعة في مختصره ، إلا أن المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة البلاد وكان الحاجة إليها أكثر من المساقاة فقدمت على المساقاة . ولأن المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الأئمة كانت الحاجة إلى علمها أمسّ . فقدمت ، ولأن تفريعاتها أكثر من تفريعات المساقاة انتهى . أقول : في تقريره نوع خطئ ، فإنه قال في أوائل كلامه : لأن المساقاة جائزة بلا خلاف ، وذلك يقتضى عدم وقوع الخلاف أصلا في جواز المساقاة ، وليس كذلك قطعا لأن أبا حنيفة لم يجوزها كما ذكر في نفس الكتاب حيث قال : قال أبو حنيفة : المساقاة يجزء من الثمر باطلة ، وكذا زفر لم يجوزها كما ذكر في عامة الشروح . وقال جهور الشراح : كان من حق المساقاة أن تقدم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ، ولورود الأحاديث في معاملة النبي عليه الصلاة والسلام بأهل خيبر ، إلا أن اعتراض موجبين صوّب إيراد المزارعة قبل المساقاة : أحدهما شدة الاحتياج إلى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها . والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة إلى المساقاة . أقول : فيه أيضا شيء ، وهو أن قولهم ولورود الأحاديث في معاملة النبي عليه الصلاة والسلام بأهل خيبر محل نظر . فإن الأحاديث كما وردت في حق المساقاة ووردت في حق المزارعة أيضا من غير فصل . سيما الأحاديث الواردة بطرق شتى في قصة

كل واحد منها عن ملك الآخر فكان التدبير في ملكه إليه خاصة (والمعاملة قياس هذا) أي المساقاة أيضا على هذه الوجوه . وقوله (لأنه مال مشترك) سياه مشتركا بعد القسمة باعتبار ما كان . وقيل باعتبار أن المجموع بعد القسمة بينهما ، ألا ترى أن نصيب كل واحد إذا كان معينا في قرية يقال لهم شركاء في القرية .

(كتاب المساقاة)

كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ، ولورود الأحاديث في معاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر ، إلا أن اعتراض موجبين صوّب إيراد المزارعة قبل المساقاة : أحدهما شدة الاحتياج إلى معرفة أحكام

(كتاب المساقاة)

والمساقاة : هي المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة . وقال الشافعي رحمه الله : المعاملة جائزة ، ولا يجوز المزارعة إلا تبعاً للمعاملة لأن الأصل في هذا المضاربة ، والمعاملة أشبه بها لأن فيه شركة في الزيادة دون الأصل . وفي المزارعة لو شرطاً الشركة في الربح دون البذر بأن شرطاً رفعه من رأس الخراج تنفسد ، فجعلنا المعاملة أصلاً ، وجوزنا المزارعة تبعاً لها كالشرب في بيع الأرض والمنقول وفي وقف العقار ، وشرط المدة قياس فيها لأنها إجارة معنى كما في المزارعة . وفي الاستحسان : إذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج . لأن الثمر لإدراكها وقت معلوم وقلمما يتفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن ، وإدراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الثمار ، لأن له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة . بخلاف الزرع لأن ابتدائه يختلف كثيراً خريفاً

أهل خير . وعن هذا قال المصنف في أوائل كتاب المزارعة : وهي بمعنى المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة . وقالوا : جائزة لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام عامل أهل خير على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع انتهى . وكان كلاماً من فريق الشراح اطلع على ما في كلام الأخر من الغلط حيث ترك ما أحل به الآخر كما ترى (قوله والمساقاة هي المعاملة) قال في العناية : والمساقاة هي المعاملة بلفظ أهل المدينة . ومفهومها اللقوى هو الشرعى . وهي معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها انتهى . ورد عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال : هي عبارة عن المعاملة بلفظ أهل المدينة . وفي الشرع عقد على دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره . وقال في الحاشية : فمفهومها اللقوى أعم من الشرعى لعينه كما توهمه صاحب العناية انتهى . أقول : ليس ذلك بوارد ، إذ الظاهر أن المراد بالمعاملة في قوله المساقاة هي المعاملة المهودة بين الناس المسماة بالمساقاة بلفظ أهل المدينة وهي معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها . وليس المراد بها مطلق المعاملة الشاملة لمثل البيع والإجارة وسائر العقود حتى يكون مفهومها اللقوى أعم من مفهومها الشرعى ، وإلا يلزم أن لا يصح قوله المساقاة هي المعاملة بلفظ أهل المدينة ، إذ لا شك أن أهل المدينة لا يطلقون لفظ المساقاة على كل معاملة ، بل إنما يطلقونه على معاملة مخصوصة مهودة بين الناس . وقد اعترف ذلك الراي أيضاً بأن المساقاة عبارة عن المعاملة بلفظ أهل المدينة فلا يتصور أن يكون مفهومها اللقوى أعم من الشرعى كما لا يخفى (قوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة) قال في العناية : يعنى شرائطها هي للشرائط التي ذكرت للمزارعة انتهى . أقول : في هذا التفسير غلط . لأن الشرائط التي ذكرت للمزارعة ليس كلها شرطاً للمساقاة ، فإن شرائط المساقاة أربعة كما نص عليه

المزارعة لكثرة وقوعها . والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة إلى المساقاة (والمساقاة هي المعاملة) بلفظ أهل المدينة ، ومفهومها اللقوى هو مفهومها الشرعى . فهي معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها . والكلام فيها كالكلام في المزارعة : يعنى شرائطها هي للشرائط التي ذكرت للمزارعة ، وهي غير جائزة عند أبي حنيفة كالزراعة وبه أخذ زفر . وجائزة عند أبي يوسف وعمر بن عبد الله بن أبي ليلى . وقال الشافعي رحمه الله : المعاملة جائزة والمزارعة لا يجوز إلا تبعاً لها ، وذلك بأن يكون النخيل والكروم في أرض يضيئه تسقى بماء النخيل فيأمر بأن يزرع الأرض أيضاً بالنصف ، وقد ذكر دليله في الكتاب وهو واضح . والجواب أن مساس الحاجة إلى تجويزها والعرف الظاهر بين الناس في جميع البلدان إلحاقها بالمضاربة فيجوز متفكة عن المعاملة . وقوله (وإدراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الثمر) معناه : لو دفع رطبة قد انتهى جذاها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرهما على أن ما رزق الله تعالى من بذر فهو بينهما نصفين جاز إذا كان البذر مما يرغب فيه وحده لأنه يصير في معنى الثمر للشجر ، وهذا لأن إدراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين فكان ذكره بمنزلة ذكر وقت معين والبذر يحصل بعمل العامل ، فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحاً

(قوله يعنى شرائطها التي ذكرت للمزارعة) أقول : فيه بحث .

وصيفا وربيعا ، والانتفاء بناء عليه فتدخله الجهالة . وبخلاف ما إذا دفع إليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر . معامله حيث لا يجوز إلا ببيان المدة لأنه يتفاوت بقوة الأرض وضعفها تفاوتاً فاحشاً . وبخلاف ما إذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها أو أطلق في الرطبة ففسد المعاملة ، لأنه ليس لذلك نهاية معلومة . لأنها تنمو ما تركزت في الأرض فجعلت المدة (ويشترط تسمية الجزء مشاعاً) لما بيننا في المزارعة إذ شرط جزء معين يقطع الشركة (فإن سمي في المعاملة وقتاً يعلم أنه لا يخرج الثمر فيها ففسدت المعاملة) لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج (ولو ضمياً مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت) لأنها لا تتيقن بفوات المقصود : ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد ، وإن تأخر فللعامل أجر المثل لفساد العقد لأنه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما إذا علم ذلك في الابتداء ، بخلاف ما إذا لم يخرج أصلاً لأن النهاب بآفة فلا يبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحاً ، ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه . قال (ويجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرباط وأصول الباذنجان) وقال الشافعي في الحديد : لا يجوز إلا في الكرم والنخل ، لأن جوازها بالآثر وقد خصهما وهو حديث خبير . ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت ، وأثر خبير لا يخصهما لأن أهلها كانوا يعملون في الأشجار

الإمام قاضيخان في فتاواه . وذكر في النهاية وغيرها أيضاً . وشرائط المزارعة ثمانية كما مر في الكتاب في أوائل المزارعة . فكيف يتم القول بأن شرائط المساقاة هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة . وقد سبق صاحب الكفاية إلى هذا التفسير الذي ذكره صاحب العناية . ولكن قيده بما يصلحه في الجملة حيث قال : أي وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة مما يصلح شرطاً للمساقاة انتهى . ثم أقول : لعل مراد المصنف بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة أن الدليل على جوازها أو عدم جوازها على القولين كما مر في المزارعة ، ويرشد إليه قوله وقال الشافعي المعاملة جائزة . ولا يجوز المزارعة إلا تبعاً للثبوت ، فإنه بيان قول ثالث فارق بين كون المزارعة أصلاً وكونها تبعاً : فلو كان المراد بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة بيان شروط المساقاة كان ذكره بين بيان الأقوال الثلاثة المذكورة أجنباً كما لا ينبغي على ذي فطنة (قوله لأنها تنمو ما تركزت في الأرض فجعلت المدة) قال صاحب العناية : وقوله لأنها تنمو ما تركزت في الأرض دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة إذا شرط القيام عليهما حتى يذهب أصولهما لأنه لا نهاية لذلك فكان غير معلوم . وفي نسخة فكان معلوماً انتهى . أقول : فيه كلام . أما أولاً فلأن كون قوله لأنها تنمو ما تركزت في الأرض دليل الرطبة وحدها ممنوع . بل يمكن أن يعمل

والرطبة لصاحبها . وقوله (غرسا قد علق) أي ثبت ولم يبلغ حد الإثمار ظاهر . وقوله (بخلاف ما إذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها) معناه : حتى تذهب أصولها ويقطع نباتها . وقوله (أو أطلق في الرطبة) يعني لم يقل حتى تذهب أصولها (ففسدت المعاملة) معناه : إذا لم يكن للرطبة جذوة معلومة ، فإن كان فهي جائزة كما لو أطلق في النخيل فإنه ينصرف إلى الثمرة الأولى ، وقد ترك المصنف في كلامه قيسين لا يخفى عنهما فكان إيجازاً غللاً . وقوله (لأنها تنمو ما تركزت في الأرض) دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة إذا شرط القيام عليهما حتى تذهب أصولهما لأنه لا نهاية لذلك فكان غير معلوم . وقوله (لا يخرج الثمر فيها) أي في الوقت أنه يتأثر في المدة . قال (ويجوز المساقاة في النخيل والشجر) هذا بيان ما جرى فيه المساقاة وما لا يتجرى فيه . وخصص الشافعي رحمه الله جوازها بما ورد فيه الأثر من حديث خبير وكان في النخل والكرم (ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت) وعموم العلة يقتضي عموم الحكم ولا تسلم أن أثر خبير يخصهما لأن أهلها يعملون في الأشجار والرباط أيضاً ، ولئن سلمنا ذلك لكن الأصل في النصوص التعليل لا سيما على أصله : فإن بابه عنده أوسع لأنه يرى التعليل بالعلة القاصرة وبكل وصف قام دليل التمييز على كونه جامعاً بين الأصناف . وأما نحن فلأننا لا نجوز به بالعلة القاصرة . ويشترط قيام الدليل على أن

(قوله لم يذكر دليل النخيل والرطبة) أقول فيه بحث (قوله ويشترط قيام الدليل للثبوت) أقول : زائداً على شرط قيام دلالة التمييز بين وصف ووصف على أن هذا الوصف هو مناط الحكم .

والرطاب أيضا ، ولو كان كما زعم فالأصل في التصوص أن تكون معلولة سبا على أصله (وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر) لأنه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد (وكلنا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر) بخلاف المزارعة بالإضافة إلى صاحب البئر على ما قلتمناه . قال (فإن دفع تخلفا فيه تمر مساقاة والتمر يزيد بالعمل جاز وإن كانت قد انتهت لم يجز) وكلنا على هذا إذا دفع الزرع وهو بقل جاز ، ولو استحصد وأدرك لم يجز ، لأن العامل إنما يستحق بالعمل ، ولا أثر للعمل بعد التناهي والإدراك ، فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع ، بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة إلى العمل . قال (وإذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله) لأنه في معنى الإجارة الفاسدة ، وصار كالمزارعة إذا فسدت . قال (وتبطل المساقاة بالموت) لأنها في معنى الإجارة وقد بيناه فيها ، فإن مات رب الأرض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر ، وإن كره ذلك ورثة رب الأرض استحسانا فينبغي العقد دفعا للضرر عنه ، ولا ضرر فيه على الآخر (ولو ألزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن يتفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم ، وقد بينا نظيره في المزارعة (ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وإن كره رب الأرض) لأن فيه النظر من الجانبين (فإن أرادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاثة) التي بيناها

دليلا على المجموع بحريانه في المجموع ، كيف لا ولا شك أن الدليل وهو قوله لأنه ليس لذلك نهاية معلومة يعم المجموع فينبغي أن يعم ذلك الدليل أيضا المجموع عند إمكان ذلك . وأما ثانيا فلأن ما ذكره من الطر لعدم ذكر المصنف دليل التخييل والربطة إذا شرط القيام عليها حتى ينهب أصولها ليس بتام . أما على النسخة الأولى التي معناها لأنه لا نهاية لذلك : أي ثرمان ذهاب أصولها ، فكان أي المدة بتأويل الوقت غير معلوم فلا بد يرد عليه أنه إنما ينبغي تحقيق تينك صورتين أيضا ، ولا يتم علرا لعدم ذكر دليلهما كما هو المقصود . وأما على النسخة الثانية التي معناها لأنه لا نهاية لذلك فكان معلوما : أي كان دليل تينك صورتين معلوما لظهور إفساد جهالة المدة العقد فلم ينجح إلى ذكره ، فلا بد يرد عليه أن يقتضي أن لا يذكر دليل الربطة أيضا ، لأن حاصل ذلك الدليل أيضا جهالة المدة فينبغي أن لا يذكر ذلك أيضا بناء على كونه معلوما فتأمل (قوله ولو ألزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخرين أن يقسموا البسر على الشرط ، وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر ، وبين أن يتفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر) قال الإمام الزيلي في شرح الكنز : وفي رجوعهم في حصته فقط إشكال ،

هذا النص بعينه معلوم وموضعه أصول الفقه . وقوله (وليس لصاحب الكرم) واضح . وقوله (لما قلتمناه) وفي بعض النسخ على ما قلتمناه إشارة إلى ما ذكره في المزارعة بقوله : وإذا عقدت المزارعة فانتعن صاحب البئر من العمل لم يجبر عليه (الخ) والحاصل أن المساقاة لم تشتمل على ضرر فكانت لازمة من الجانبين ، بخلاف المزارعة فإن صاحب البئر يملكه ضرر في الحال بإلقاء بلده في الأرض فلم تكن لازمة من جهته ، ثم عذر صاحب الكرم لحوق دين فادح لا يمكنه الإبقاء إلا ببيع الكرم وعذر العامل المرض . وقوله (ولم يرد به الشرع) لأنها جوزت بالأثر فيها يكون أجر العامل بعض الخارج . قوله (وإذا فسدت المساقاة) واضح . وقوله (والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه) جواب الاستحسان إبقاء للعقد دفعا للضرر عنه . وأما في التماس فقد انتقضت المساقاة بينهما وكان البسر بين ورثة صاحب الأرض وبين العامل نصيبين إن شرط أنصافا ، لأن صاحب الأرض استأجر العامل ببعض الخارج والإجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين ، والباقي واضح علم مما ذكر نظيره في المزارعة .

(قوله لحوق دين فادح) أقول : بالفاء (قوله وقوله ولم يرد به الشرع لأنها الخ) أقول : فيه بحث (قال المصنف : ويرجعوا بذلك في حصة العامل) أقول : قال العلامة الزيلي : في رجوعهم في حصته فقط إشكال ، وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه ، لأن العامل إنما يستحق (٦١ - تكملة تصح التفسير حتى - ٩)

(وإن ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل) لقيامهم مقامه ، وهذا خلافة في حق مالى وهو ترك الثار على الأشجار إلى وقت الإدراك لأن يكون وارثه في الخيار (فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض) على ما وصفنا . قال (وإذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهذا الأول سواء . وللعامل أن يقوم عليها إلى أن يدرك لكن بغير أجر) لأن الشجر لا يجوز استجاره ، بخلاف المزارعة في هذا لأن الأرض يجوز استجارها ، وكذلك العمل كله على العامل هاهنا وفي المزارعة في هذا عليها : لأنه لما وجب أجره على الأرض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وهاهنا لا أجر فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها . قال (وتفسخ بالأعذار) لما بينا في الإجازات ، وقد بينا وجوه العذر فيها . ومن جعلها أن يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثر قبل الإدراك لأنه يلزم صاحب الأرض ضررا لم يلزمه فتفسخ به . ومنها مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل ، لأن في إلزامه استجار الأجزاء زيادة ضرر عليه ولم يلزمه فيجعل ذلك عنرا ، ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عنرا ؟ فيه روايتان .

وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه لأن العامل إنما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه . ولهذا إذا اختار المضي أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه ، فلو رجعوا عليه بمحضته فقط يؤدي إلى استحقال العامل بلا عمل في بعض المدة . وكذا هذا الإشكال وارد في المزارعة أيضا انتهى . وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك : قلت : لا إشكال ، إذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لأيجسته كما فهمه هذا العلامة انتهى . أقول : ما قاله ذلك البعض من المعنى خلاف ما صرحوا به في هذا المقام فإن عبارة الكافي للعلامة النسفي عبارة شرح الكافي للحاكم الشهيد وعبارة غاية البيان وغيرها هكذا . وإن شاموا أنفقوا على البسرحى يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثركا من المزارعة انتهى . ولا شك أنها صريحة في أن ما يرجعون به نصف نفقتهم لأيجمها فأنى يتيسر الحمل على خلاف ذلك (قوله ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عنرا ؟ فيه روايتان) قال في العناية : يعنى في كون ترك العمل عنرا روايتان : في أحدهما لا يكون عنرا . ويظهر على

وقوله (وهذا خلافة في حق مالى) جواب عما يقال : كان للمورث الخيار وقد مات والخيار لا يورث كما تقدم في شرط الخيار وهو واضح . وقوله (والخارج بسر أخضر فهذا الأول) يعنى صورة الموت (سواء والعامل بالخيار إن شاء عمل كما كان يعمل لكن بغير أجر لأن الشجر لا يجوز استجاره) وإن أبى خير الآخر بين الخيارات الثلاث . بخلاف المزارعة في هذا : أى قيا إذا انقضت مدة المزارعة لأن الأرض يجوز استجارها ، وكذلك العمل كله على العامل هاهنا لما ذكره في الكتاب وهو واضح . قال (وتفسخ بالأعذار لما بينا في الإجازات) يريد به قوله ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهى المقبوضة عليها . فصار العذر في الإجارة كالعليب قبل القبض إلى آخره (وقد بينا وجوه العذر فيها) أى في الإجارة وكلامه واضح . وقوله (فيه روايتان) يعنى في كون ترك العمل عنرا روايتان : في أحدهما لا يكون عنرا . ويظهر على ذلك لأن العقد لازم لا يفسخ إلا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وهاهنا ليس كذلك . وفي الأخرى عنر : وتأويله أن يشترط العمل بيده . فإذا ترك ذلك العمل كان عنرا ، أما إذا دفع إليه النخل على أن يعمل فيها بنفسه وبأجره فعليه أن يستخلف غيره فلا يكون ترك العمل عنرا

بالمثل وكان العمل كله عليه ، ولهذا إذا اختار المضي ولم يمت صاحبه كان العمل كله عليه ، فلو رجعوا عليه بمحضته فقط يؤدي إلى أن العمل يجب عليها حتى يستحق للمدة بمحضته . وهذا خلف لأنه يؤدي إلى استحقال العامل بلا عمل في بعض المدة . وكذا هذا الإشكال وارد في المزارعة أيضا انتهى . قلت : لا إشكال ، إذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لأيجسته كما فهمه هذا العلامة . ثم أقول : قوله لأنه يؤدي إلى استحقال العامل بلا عمل في بعض المدة الخ : يعنى بعض هذه المسألة فإنها تبقى استحسانا ، بخلاف ما إذا انقضت مدة العقد في المزارعة على ما مر . لكن لك أن تقول : بقاؤها استحسانا كان نظرا للعامل ، فإذا التزم الضرر ينقض العقد ، صرح به في النهاية .

وتأويل إحداها أن يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته (ومن دفع أرضا بيضاء إلى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على أن تكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين لم يجر ذلك) لاشتراط الشركة فيما كان حاصله قبل الشركة لابعمله (وجميع الثمر والغرس لرب الأرض وللغراس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل) لأنه في معنى قفيز الطحان، إذ هو استجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد، وتعتبر رد الغراس لاتصالها بالأرض فيجب قيمتها وأجر مثله لأنه لا يخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها .

ذلك لأن العقد لازم لا يفسخ إلا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وهنا ليس كذلك . وفي الأخرى عذر انتهى . أقول : في تفسير كلام المصنف بالوجه المذكور خلل ، إذ يصير حاصل معناه حينئذ في كون ترك العمل عذرا روايتان : إحداها كونه عذرا والأخرى عدم كونه عذرا فيؤدي إلى كون الشيء ظرفا لنفسه ولتقيضه ولا يتحقق بطلان ذلك . والوجه عندى أن معنى قول المصنف فيه روايتان في جواب هذه المسئلة وهي قوله هل يكون عذرا فيروايتان : إحداها بالإيجاب وهو أن يكون عذرا ، والأخرى بالسلب وهو أن لا يكون عذرا ، فحينئذ لا غبار فيه كما لا يتحقق على القطن (قوله وتأويل إحداها أن يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته) أقول : فيه أنه إما يكون عذرا من جهته أن لو ترك ذلك العمل اضطرارا بسبب حلو مرض أو نحو ذلك ، وإما إذا تركه بالاختيار فلا يظهر وجه كونه عذرا من جهته ، والكلام هاهنا في الترك الاختيارى ، لأن الترك الاضطرارى إما يكون بسبب عذر مقرر ، وقد مر مسألة جواز الفسخ بالأعذار رواية واحدة . فذكر مبطلتنا هذه بعدا وبيان وقوع الروايتين فيها يدل على أن المراد بترك ذلك العمل في قوله ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هو الترك الاختيارى لا غير فتأمل (قوله وتعتبر رد الغراس لاتصالها بالأرض) قال صاحب النهاية : يعنى لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما لشجر الغراس ، بل يكون تسليما لقطعة خشية ، وهو ما شرط ذلك . بل شرط تسليم الشجر بقوله على أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين ، فلما لم يمكن تسليمها وهي ثابتة وجب رد قيمتها انتهى . واقتضى أثره في شرح هذا المثل على هذا النوال صاحب معراج الدراية وصاحب العناية : واعترض بعض الفضلاء على قولهم لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما لقطعة خشية حيث قال : فيه بحث ، إذ لا نسلم أنه حينئذ لم يكن تسليما للشجر انتهى . أقول : منع ذلك مكابرة ، لأن الشجر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة ما كان على ساق من نبات الأرض ، فإذا قلع الغراس لم يصدق عليه هذا الحد فلا يطلق عليه لفظ الشجر فلا يكون تسليم المقلوع تسليما للشجر لا بحالة بل يكون تسليما لقطعة خشية كما قاله هؤلاء الشراح . نعم إن قولهم كان المشروط تسليم الشجر لا تسليم قطعة خشية مستلزم لا يخل على طائلا هاهنا ، لأن استحقاق الغراس للشجر ليس بمقتضى الشرط بل يكون

في فسخ المعاملة (ومن دفع أرضا بيضاء ليس فيها شجر إلى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على أن يكون الأرض والشجر بينهما نصفين لم يجر ذلك لاشتراطه الشركة فيما كان حاصله قبل الشركة) وهو الأرض (وكان جميع الثمر والغرس لرب الأرض . وللغراس قيمة غرسه وأجر مثل عمله ، لأنه في معنى قفيز الطحان إذ هو استجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فكان فاسدا وتعتبر رد الغراس لاتصالها بالأرض) فإنه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما لقطعة خشية . ولم يكن مشروطا بل المشروط تسليم الشجر بقوله على أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين . فلما لم يمكن تسليمها شجرا وجب قيمتها وأجر مثله ، لأنه لا يخل في قيمة الغراس لأنها أحيانا متقومة بنفسها لا بحالة

(قوله فإنه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما لقطعة خشية ولم يكن مشروطا) أقول : فيه بحث ، إذ لا نسلم أنه حينئذ لم يكن تسليما للشجر ، ولعل معنى كلام المصنف أن العامل لما غرسه بأمر رب الأرض في أرضه صار كأن رب الأرض قبل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغرس بإيصاله بأرضه مستحكما له بالملوك فيها فتصرف الفرد لعدم إمكان تملكه من الأرض يتأه كالمصنع من الثوب (قوله بل المشروط تسليم الشجر بقوله الفخ) أقول : فيه بحث . فإن تسليم الشجر ليس بالشرط ، بل لأنه كان ملكا للغراس .

وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى ، وهذا أصحهما ، والله أعلم .

(كتاب الذبائح)

الشجر ملكا له كما صرحوا به ، ولهذا يجب على رب الأرض رد قيمة تمام الغراس مع كون المشروط أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين تدبر ترشد قوله وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى) يعنى وفي تخريج هذه المسئلة طريق آخر : أى دليل آخر سوى ما ذكرناه في كتابنا هذا من طريق قفيز الطحان بيناه : أى بينا ذلك الطريق الآخر في كفاية المنتهى . قال كثير من الشراح في تفسير ذلك الطريق : وهو شراء رب الأرض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه ، أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج . فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها أو جميعها لا لاعتبار معنى الاستعجار الذى هو في معنى قفيز الطحان انتهى . أقول : يرد على الصورة الثانية مما ذكرناه وهى قولهم أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج أنها لاتصلح لأن تكون طريق تخريج هذه المسئلة . لأن وضع هذه المسئلة على أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين ، وفي الصورة المذكورة يكون جميع الغراس لرب الأرض فلا يتصور المناصفة في الشجر .

(كتاب الذبائح)

قال جمهور الشراح : المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما إتلافا في الحال للاتضاع في المال ، فإن المزارعة إنما تكون بإتلاف الحب في الأرض للاتضاع بما بنيت منها ، والذبح إتلاف الحيوان يلزهاق روحه في الحال للاتضاع بلحمه بعد ذلك انتهى . أقول : يتجه على ظاهر ما ذكرناه من المناسبة أنه إنما يقتضى تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة بالذبائح ، إذ

بينها وبين عمل العامل لأنه متقوم بالعقد لاقية له في نفسه (وفي تخريجها طريق آخر ذكره المصنف رحمه الله في كفاية المنتهى) وهو شراء رب الأرض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه ، أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج ، فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها أو جميعها لكونها معلومة عند العقد لا لكونه في معنى قفيز الطحان . قال المصنف رحمه الله (وهذا) يعنى المذكور في الهداية (أصحهما) لأنه نظير من استأجر صابغا ليصبغ ثوبه ويصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ في أن الغراس آلة يعمل الأرض بها بستانا كالصباغ للتوب . فإذا فسدت الإجارة بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الأرض وهى متقومة فيأزمه قيمتها كما يجب على صاحب التوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه وأجر عمله ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(كتاب الذبائح)

المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما إتلافا في الحال للاتضاع في المال ، فإن المزارعة إنما تكون بإتلاف الحب في الأرض

(قوله أو شراؤه جميع الغراس) أقول : منظور فيه ، إذ لا يمكن أن يكون طريق تخريج مسئلة الكتاب لأن الغراس فيها بينهما .

(كتاب الذبائح)

(قوله المناسبة بين المزارعة والذبائح الخ) أقول : ينبغي أن يبين المناسبة بين القبايح والمساقاة فإنه ذكر به كتاب المساقاة ، ويقول

الاتلاف في المساقاة . والذي وقع في ترتيب الكتاب تعقيب المساقاة بالذبايح لاستعيب المزارعة بها فلا يتم التقريب ، اللهم إلا أن يقال : جعلوا المزارعة والمساقاة في حكم شيء واحد بناء على اتحادهما في أكثر الشرائط والأحكام كما تقرر في مباحثهما ، فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبايح بمنزلة المناسبة بين المساقاة والذبايح فاكفوا بذلك . وعن هذا ترى كثيرا من أصحاب معتبرات الفتاوى كالذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وغيرها اكفوا بذكر كتاب المزارعة وجعلوا المساقاة بابا منها وعنونوها بالمعاملة ، وذكر كل واحدة من المزارعة والمساقاة في الكتاب بكتاب على حدة لا يدل على امتداد كل واحدة منهما بذاتها واختصاصها بأحكامها ، بل يكفي جهة التغاير بينهما في الجملة ، ألا يرى أنهم ذكروا الصرف بكتاب على حدة عقيب ذكرهم كتاب البيوع مع أنه من أنواع البيوع قطعا كما صرحوا به . ثم إن الذبايح جمع ذبيحة وهي اسم ما يذبح كالذبيح والذبيح مصدر ذبح إذا قطع الأوداج . كذا في الكافي والخفاية . اعلم أن بعض العراقيين من مشايخنا ذهبوا إلى أن الذبيح محظور عقلا لما فيه من إيلاام الحيوان ولكن الشرع أحله . قال شمس الأئمة السرخسي في المبسوط بعد نقل قولهم : وهذا عندى باطل ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به أنه كان يأكل ذبايح المشركين لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام فرغنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه ، وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكلب والظلم والسفه انتهى . وقال في العناية بعد ذكر ذلك : أجب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبايح أهل الكتاب وليس الذبيح كالكلب والظلم ، لأن المحظور العقلي ضربان : ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع بإباحته إلا عند الضرورة ، وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز أن يرد الشرع بإباحته ويقدم عليه قبله نظرا إلى نفعه كالحجامة للأطفال وتداويهم بما فيه لهم ألم انتهى . وقال العيني بعد نقل ما قاله شمس الأئمة السرخسي : والجواب المذكور في العناية : قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظر . أما الأول فلا أنه يحتاج إلى دليل على أنه كان يذبح بنفسه قبل البعثة . وأما الثاني فذلك يحتاج إلى دليل على أنه كان يأكل من ذبايح أهل الكتاب فلم لا يجوز أنه لم يكن أكل شيئا من الذبيحة إلا بعد البعثة انتهى . أقول : ليس هذا بشيء ، لأن كون النبي صلى الله عليه وسلم يتناول اللحم قبل البعثة أمر متواتر لا يحتاج إلى دليل ، والدليل على أنه كان يذبح بنفسه عند شمس الأئمة أن لا يظن به عليه الصلاة والسلام أنه كان يأكل ذبايح المشركين كما ذكره ، والمحجب بمنع ذلك بناء على جواز أنه كان يأكل ذبايح أهل

للاتضاع بما ينبت منها ، والذبيح إتلاف الحيوان يلزهاق روحه في الحال للاتضاع بلحمه بعد ذلك . واعلم أن العراقيين ذهبوا إلى أن الذبيح محظور عقلا ، ولكن الشرع أحله لأن فيه إضرارا بالحيوان . وقال شمس الأئمة : هنا عندى باطل ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ، ولا يظن به أنه كان يأكل ذبايح المشركين لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام فرغنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه ، وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكلب والظلم والسفه . وأجب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبايح أهل الكتاب ، وليس الذبيح كالكلب والظلم ، لأن المحظور العقلي ضربان : ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع بإباحته إلا عند الضرورة ، وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز أن يرد الشرع بإباحته ويقدم عليه قبله نظرا إلى نفعه كالحجامة للأطفال وتداويهم بما فيه لهم ألم ، والذكاة الذبيح ، وأصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه ذكاة السن

في كلها إصلاح ما لا ينضج به بالأكل في الحال للاتضاع في المآل (قوله لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام) أقول : وقد أن تقول حرمة ما أكل به لنير الله تعالى علمت بالشرع ، فلا يمتنع أكل ذبايح المشركين قبل ورود الشرع بصرمتها (قوله يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبايح أهل الكتاب) أقول : لفظه ما معنى الذي . وقوله يأكل : لى يأكله . وقوله ذبايح شبر يكون ، والمعنى الذي كان يأكل رسول الله صلى الله عليه وسلم يجوز أن يكون ذبايح أهل الكتاب لا ذبايح المشركين .

قال (الذكاة شرط حل الذبيحة) لقوله تعالى - إلا ما ذكيتم - ولأن بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر ، وكما ثبت به الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره . فإنها تنهى عنها . ومنها قوله عليه الصلاة والسلام « ذكاة الأرض يبسها » وهى اختيارية كالجرح فيما بين الالبه والحيين . واضطرارية وهى الجرح في أى موضع كان من البدن . والثاني كالبدل عن الأول لأنه لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأول . وهذا آية البدلية . وهذا لأن الأول أعمل في إخراج الدم والثاني أقصر فيه ، فأكفى به عند العجز عن الأول : إذ التكليف بحسب الوسع . ومن شرطه أن يكون النابض صاحب ملة التوحيد إما اعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابي . وأن يكون حلالا

الكتاب ولا يلزمه الدليل عليه ولا يحتاج إليه لكونه مانعا لاستدلاله على نظره أصلا (قوله قال الذكاة شرط حل الذبيحة) قال في غاية البيان : وهذا وقع على خلاف وضع الكتاب ، لأنه إذا ذكر لفظ قال في أول المسئلة كان يشير به إلى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدورى ، وهنا لم تقع الإشارة إلى أحدهما . ولهذا لم يذكره في البدلية . وكان ينبغي أن لا يورد لفظ قال أو يقول قال العبد الضعيف مشيرا به إلى نفسه انتهى . وقال العيني بعد نقل ذلك : قلت هذا تطويل بلا فائدة . لأنه ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال بإضمار الفاعل وأراد به نفسه ، فهذا أيضا مثله . ولا يزم تعيين الفاعل ؛ ألا يرى أنه عند إسناد القول إلى القدورى أو عمده بن الحسن لم يصرح بفاعله . وكذلك عند إسناده إلى نفسه . ولا يخفى هذا إلا على من لم يميز مسائل القدورى من مسائل الجامع الصغير ، ومن لم يميز بينهما لم يستحق الخوض في المداينة انتهى كلامه . أقول : الحق ما ذكر في غاية البيان وقول العيني ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال بإضمار الفاعل وأراد به نفسه ، إن أراد به أنه ذكرها في أول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها إلى نفسه فهو فريه بلا مية ، فإنه إذا ذكرها في أول المسئلة كان يشير بها إلى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدورى على الاطراد كما ذكره صاحب الغاية . وإن أراد بذلك أنه ذكرها في غير أول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها إلى نفسه فهو واقع . ولكن إذا ذكرها في مثل تلك المواضع كأن يقول قال العبد الضعيف على ما وقع في النسخ القديمة أوقال رضى الله عنه على ما وقع في النسخ الجديدة ولم يقع منه ذكر لفظة قال وحدها في مثل تلك المواضع قط ، وهذا غير خاف على من له دراية بأساليب كلام المصنف . فالشارح العيني مكابر فيما ذكره هاهنا (قوله لقوله تعالى - إلا ما ذكيتم -) فإن حكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله ، وقد قال الله تعالى قبله

بالذبة نهاية الشباب ، وذا النار بالقصر فقام اشتغاله ، ومعنى قوله (الذكاة شرط حل الذبيحة) الذبح شرط حل أكل ما يؤكل لحمه من الحيوان لقوله تعالى - إلا ما ذكيتم - بعد قوله - حرمت عليكم الميتة والدم - الخ . استثنى من الحرمة المذكورة فيكون حلالا ، والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها . لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا ، ولأن غير المذكور ميتة وهى منصوب عليها بالحرمة ، ولأن الدم حرام لنجاسته لما تلونا ، وهو غير متميز من اللحم . وإنما يتميز بالذكاة فلا بد منها لتمييز النجس من الطاهر ، ولا يلزم الجراد والسملك لأن لحمها بلا ذبح ثبت بالنص . وكما ثبت بالذبح الحل في المأكول يثبت به الطهارة في غيره ، لأن الذكاة تنهى عن الطهارة . ومنها قوله صلى الله عليه وسلم « ذكاة الأرض يبسها » يعنى أنها إذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما أن الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب (وهى) يعنى الذكاة (اختيارية) كالجرح فيما بين الالبه) وهى الصدور والحيين ، واضطرارية وهى الجرح في أى موضع كان من البدن . قوله (والثاني كالبدل عن الأول) واضمح ، وإنما قال كالبدل لأن الأبدان تعرف بالنص ولم يرد فيه . وقد وجدت أمانة البدلية فقال كالبدل (ومن شرطه)

(قوله والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها ، لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا) أقول : فيه بحث ، فإن الثبوت بالشرع لا ينافي كون المشتق منه ملة الحكم ، وذلك لا يخفى على أحد (قوله ولأن غير المذكور ميتة الخ) أقول : فيه بحث (قوله كما أن الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب) أقول : فيه أن جعلها مشها بها لا يلائم مرام المقام ، إذ المطلوب إثبات طهارتها (قوله كالكتابي فإنه يدعى ملة التوحيد) أقول : فيه شبه ، فإن التصارى ملة فكيف يدعون ملة التوحيد .

خارج الحرم على ما نيينه إن شاء الله تعالى . قال (وذبيحة المسلم والكتابي حلال) لما تلونا ، ولقوله تعالى .. وطعام الذين أوتوا الكتاب حلّ لكم - ويجل إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وإن كان صبيّا أو مجنوناً أو امرأة . أما إذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لاملح لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك

- حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير - إلى آخره . فاستثنى من الحرمة المذكرى فيكون حلالا . قال صاحب العناية : والمرب على المشتق معلول للصفة المشتق منها . لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا انتهى . أقول : ليس هذا الكلام منه بمعقول المعنى . لأن ثبوت الحل بالشرع مما لا ينافى كون الصفة المشتق منها التى هى الذكاة علة للحكم كما لا يتحقق على على ذى مسكة (قوله وذبيحة المسلم والكتابى حلال لما تلونا) وقوله تعالى - وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم - غنى بقوله لما تلونا قوله تعالى - إلا ما ذكيتكم - وهو فى حق المسلم ، وقوله تعالى - وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم - فى حق الكتابى من باب اللف والنشر ، كذا ذكره تاج الشريعة ، وهو الأحسن عندى أيضا فى بيان مراد المصنف هنا . قال صاحب العناية : وقوله لما تلونا إشارة إلى قوله تعالى - إلا ما ذكيتكم - ولما استشعر أن يقال إلا ما ذكيتكم عام مخصوص بخروج الوثقى والمرتب والجوسى فلا يكون قاطعا فى الإفادة . ضم إليه قوله عز من قائل - وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم - إلى هنا كلامه . أقول : فيه بحث . أما أولا فأتانا لأنسلم أن الخطاب فى قوله تعالى إلا ما ذكيتكم عام لكفار بل الظاهر أنه مخصوص بالمؤمنين كما يدل عليه السياق والسياق فى النظم الشريف ، ألا يرى أن ما قبله أول سورة المائدة وهو قوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يابل عليكم غير على الصيد وأنتم حرم - ولا شك أن الخطابات الواقعة هنا للمؤمنين خاصة ،

أى ومن شرط الذبيح أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد . إما اعتقاداً كالسلم . أو دعوى كالإكتائي فإنه يدعى ملة التوحيد . وإنما عمل ذبيحته إذا لم يذكر وقت الذبح اسم عزيز والسميح لقوله تعالى : وما أهلّ به لغير الله - ومن شرطه أن يكون حلالاً خارج الحرم كما سييء . قال (وذبيحة المسلم والكتابي حلال الخ) ذبيحة المسلم والكتابي ذمياً كان أو حربياً حلال إذا أتى به مفزوحاً . وأما إذا ذبح بالحضور فلا بد من الشرط المذكور وهو أن لا يذكر غير اسم الله تعالى (وقوله لما تلونا) إشارة إلى قوله تعالى - إلا ما ذكيتم - ولما استسحر أن يقال - إلا ما ذكيتم - عام مخصوص بخروج الوثني والمردت والمجوسى فلا يكون قاطعاً في الإفادة ضم إليه قوله تعالى - وطعام الذين أتوا الكتاب حلّ لكم - قال البخارى في صحيحه : قال ابن عباس رضى الله عنهما : طعامهم ذابحهم . واستدل بعض على ذلك بأنه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر فائدة ، فإن المجوسى إذا اصطاد سمكة حل أكلها . وفيه نظر . فإن التخصيص باسم العلم لا يدل على نفي ما عداه (ويحل إذا كان الذابح يعقل التسمية) قيل يعنى يعقل لفظ التسمية ، وقيل يعقل أن حل الذبيحة بالتسمية (والذبيحة) يعنى يقتل على الذابح ويضبطه : أى يعلم شرائط الذبيح من فرى الأوداج والحلقوم (وإن كان) أى الذابح (صلياً أو مجنوناً) قال في النهاية أى متوها : لأن المجنون لا قصد له ولا بد منه ، لأن التسمية شرط بالنص وهى بالقصد ، وحصة القصد بما ذكرنا : يعنى قوله إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبطه ، والأكلف والمجنون سواء لما ذكرنا . قيل أراد به الأيتن المذكورتين ، وفيه نظر : لأن عادته في مثله لما تلونا . وقيل أراد به قوله لأن حل الذبيحة يعتمد الملة وهذا ليس بذكر كور في الكتاب ، والأولى أن يعمل إشارة إلى الآية وإلى قوله ولأن به يتميز الدم التجس من اللحم الطاهر وعادته في مثله ذلك . قيل إنما ذكر الأكلف

أقول: ويمكن أن يقال: بل الله استمر أن يقال الخطاب في ذكركم للمؤمنين كالخطاب في عليكم فلا يدل على حل ذبيحة غيرهم، وما ذكره الشارح ليلتزم عن الجدة، إذ يكفي التلصق مع أنه مشترك لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه من ذبائحهم من الآية الثانية أيضاً فتأمل (قوله فلا يكون قاطعاً في الإغادة، ضم إليه قوله تعالى ألق) أقول: والحق أنه لاحاجة إلى بيان العذر، فإن إثبات المطلوب بدلائل من الكتاب العزيز غير عزيز (قوله والذبيحة: يعني يقدر على الذبيح) أقول: فيكون الكلام من باب: • طلقاً تبتا وماء باردا •

بالقصد ، ، وصحة القصد بما ذكرنا . والأكلف والمختون سواء لما ذكرنا ، وإطلاق الكتابي ينتظم الكتابي والذي والحربي والعربي والتغلي ، لأن الشرط قيام الملة على مامر . قال (ولا تؤكل ذبيحة الجوسى) لقوله عليه الصلاة والسلام « سوا بهم سنة أهل الكتاب غيرنا كحى نسائم ولا آكل ذبائحهم » ولأنه لا يدعى التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى . قال (والمرتد) لأنه لا ملة له ، فإنه لا يقر على ما انتقل إليه ، بخلاف الكتابي إذا تحول إلى غير دينه لأنه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبيح لا ما قبله . قال (والوثني) لأنه لا يعتقد الملة .

ثم قال عز وجل - حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخفة والموقوفة والمردة والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم - وقال القاضي البيضاوى وغيره من المفسرين : إن قوله تعالى - حرمت عليكم الميتة - الخ بيان لما ينل عليكم ، فلا جرم يكون الخطاب في - حرمت عليكم - و- إلا ما ذكيتم - للمؤمنين خاصة أيضا فلا يكون مما يعم الوثني ونحوه ، ولئن سلم عموم الوثني ونحوه أيضا فلا نسلم أنه من قبيل العام الذى خص منه البعض ، بل هو من قبيل العام الذى نسخ بعضه بإخراج الوثني والمجوسى والمرتد من حكمه ، إذ قد تقرر في علم الأصول أن التخصيص عندنا إنما يطلق على قصر العام على بعض ما يتناول به ما هو مستقل موصول بالعام ، وأن قصره على بعض ما يتناول به ما هو مستقل غير موصول به هو النسخ لا التخصيص ، وأن الذى لا يكون قطعيا إنما هو العام الذى خص منه بعض ما يتناول به دون العام الذى نسخ بعض ما يتناول به فإنه يكون قطعيا في الباقي بلا ريب ، ولا شك أن ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الأول ، لأن الذى يخرج الوثني ونحوه غير موصول بقوله تعالى - إلا ما ذكيتم - فكان قطعيا في الإفادة ، ولئن سلم كونه ظنيا غير قاطع في الإفادة فهو كاف في إفادة المطلوب هنا بلا حاجة إلى ضم شيء آخر ، إذ قد تقرر في علم الأصول أيضا أن الدليل الظني يفيد وجوب العمل وإن لم يند وجوب الاعتقاد وما نحن فيه من العمليات وأما ثانيا فلا نل مثل ما ذكره صاحب العناية في قوله تعالى - إلا ما ذكيتم - ينتج على الاستدلال بقوله تعالى - وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم - بأن يقال أيضا : إنه عام مخصوص لخروج مالم يذكر اسم الله عليه فيقتضى أن يضم إليه أيضا دليل آخر . وأما ثالثا فلا نل الضم المذكور إنما يفيد في حق ذبيحة الكتابي دون ذبيحة المسلم لاختصاص الدليل المضموم بالكتابي فيلزم أن يبنى الدليل قاصرا عن إفادة حل ذبيحة المسلم على معنى ذم الشارح المزبور ، اللهم إلا أن يدعى أن الدليل الثاني إذا أفاد حل ذبيحة الكتابي أفاد حل ذبيحة المسلم أيضا دلالة . ثم إن المراد بالطعام في قوله تعالى - وطعام الذين أوتوا الكتاب ذبائحهم - قال البخارى في صحيحه : قال ابن عباس : طعامهم ذبائحهم . واستدل صاحب الكافي وكثير من الشراح على ذلك بأنه لو لم يعمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر فائدة ، إذ يستوى الكتابي وغيره فيما سوى الذبائح من الأطعمة ، فإن المجوسى إذا اصطاد سمكة حل أكلها . ورد عليهم صاحب العناية حيث قال بعد نقل استدلالهم المذكور : وفيه نظر ، فإن التخصيص باسم العلم لا يدل على التقي عما سواه . أم أقول : ليس ذلك بشيء ، إذ لا يفتى على القطع أنه ليس مدار استدلالهم المذكور على أن التخصيص باسم العلم يدل على التقي عما سواه ، بل مرادهم كما نأدى عليه كلامهم أنه لو لم يعمل على ذلك لخلل تخصيص أهل الكتاب بالذكر في كلام رب العزة عن الفائدة تعالى عنه علوا كبيرا ، ولا يذهب عليك أن الاستدلال بهذا الوجه متمش على أصل من لا يقول بفهمهم المخالفة أيضا ، إذ لا يرضى أحد بخلو كلام الله تعالى عن الفائدة (قوله والأكلف والمختون سواء لما ذكرنا) يختلف للشرائح في تعيين مراد المصنف بقوله لما ذكرنا ، فقال صاحب النهاية

استحرازا عن قول ابن عباس رضى الله عنهما فإنه يقول : شهادة الأكلف وذبيحته لا يجوز . وقوله وإطلاق الكتاب ينتظم كذا ظاهرا . وقوله (لأن الشرط قيام الملة) فيه نظر ، لأن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشرط . ويمكن أن يجاب عنه بأنه شرط في معنى الملة . وقوله (ولا تؤكل ذبيحة الجوسى) واضح . قوله (بخلاف الكتابي إذا تحول إلى غير دينه) يريد به من

(قوله ويمكن أن يجاب بأنه شرط في معنى الملة) أقول : ويجوز أن يجاب بأنه لا مانع يتصور منه حل ذبيحته إذا أتى سائر الشرائط غير قضية الملة ، فإذا لم يكن مانعا أيضا يحل .

قال (والمحرّم) يعنى من الصيد (وكلنا لا يؤكل ما ذبح فى الحرم من الصيد) والإطلاق فى الحرم يقتضيه الحل والحرم ، والذبح فى الحرم يستوى فيه الحلال والمحرّم ، وهذا لأن الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة ، بخلاف ما إذا ذبح الحرم غير الصيد أو ذبح فى الحرم غير الصيد صح لأنه فعل مشروع ، إذ الحرم لا يؤمن الشاة ، وكلنا لا يحرم ذبحه على الحرم . قال (وإن ترك النابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وإن تركها ناسيا أكل) وقال الشافعى : أكل فى الوجهين . وقال مالك : لا يؤكل فى الوجهين والمسلم والكتابى فى ترك التسمية سواء ، وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازى والكلب وعند الرى ، وهذا القول من الشافعى مخالف للإجماع فإنه لا خلاف فيما كان قبله فى حرمة متروك التسمية عامدا ، وإنما الخلاف بينهم فى متروك التسمية ناسيا . فمن مذهب ابن عمر رضى الله عنهما أنه يحرم ، ومن مذهب على وابن عباس رضى الله عنهم أنه يحل ، بخلاف متروك التسمية عامدا ، ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ رحمهم الله : إن متروك التسمية

وغاية البيان أراد به الآيتين المذكورتين وهما قوله تعالى - إلا ما ذكيتم - وقوله تعالى - وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم - لأن الخطاب عام ، وردّه صاحب العناية حيث قال بعد نقله : وفيه نظر ، لأن عادته فى مثله لما تلونا . وقال تاج الشريعة : أراد به قوله لأن حلّ الذبيحة يعتمد الله . وردّه أيضا صاحب العناية حيث قال بعد نقله أيضا : وهذا ليس بذكر فى الكتاب . أقول : يمكن أن يقال من جانب تاج الشريعة إن ذلك وإن لم يكن مذكورا فى الكتاب صراحة إلا أنه مذكور فيه ضمنا حيث قال فيما مرّ : ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد . ثم قال صاحب العناية : والأولى أن يجعل إشارة إلى الآية وإلى قوله ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته فى مثله ذلك انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن قوله ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر إنما يدل على كون الذكاة شرط حلّ الذبيحة ، ولا يدل على أن أهل الذبح من هو ، كيف يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر يحصل بذيح الوقتى والغومى والمرتد أيضا مع أن أحدا منهم ليس بأهل للذبح قطعا . وقول المصنف لما ذكرنا تعليل لاستواء الأقل والأهل للذبح فكيف يصلح أن يجعل إشارة إلى المالدلالة فيه على ذلك أصلا وهو قوله ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر . ثم أقول : هنا احتمال آخر أقرب مما ذكرنا ، وهو أن يكون قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله ويجلّ إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وإن كان صبيا أو مجنونا أو امرأة ، فإنه قد علم من ذلك أن مدار حلّ الذبيحة أن يكون الذابح ممن يعقل التسمية والذبيحة ويضبط ، ولا يحتج أن الأقل والمجنون لا يتفاوتان فى ذلك فكانا سواء فى حكم حلّ ذبيحتهما تدبر تفهم (قوله وإن ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وإن تركها ناسيا أكل . وقال الشافعى : تؤكل فى الوجهين . وقال مالك : لا تؤكل فى الوجهين) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل : إن ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان أو اضطراريا عامدا أو ناسيا . قال الشافعى بشمول الجواز ، ومالك بشمول العلم . وعلماؤنا فصلوا ، إن تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل ، وإن تركها ناسيا أكل انتهى . أقول : كأنه حسب أنه أتى فى شرح هذا المحل بكلام يجعل جامع لأقسام المسئلة كلها لكنه أدخل بحث المقام فى تحريره هذا . أما أولا فلا بد أن قوله عند الذبح يتأق تعميم الذبح للاختيارى والاضطرارى كما يقتضيه قوله اختياريا كان أو اضطراريا لأنهم صرحوا بأن كون التسمية عند الذبح إنما تشترط فى الذكاة الاختيارية ، وأما فى الاضطرارية فيشترط كون التسمية عند الإرسال والرى لاخير ، وسيجىء ذلك

أديان أهل الكتاب ، أما إذا نجس فلا تؤكل ذبيحته . قال (وإن ترك الذابح التسمية الخ) إن ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان أو اضطراريا عامدا كان أو ناسيا : قال الشافعى رحمه الله بشمول الجواز ومالك بشمول العلم . وعلماؤنا رحمهم الله فصلوا : أن تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل ، وإن تركها ناسيا أكل . استدل الشافعى بقوله صلى الله عليه وسلم

عامدا لايسع فيه الاجتهاد ، ولو قضى القاضى بجواز بيعه لايتخذ لكونه مخالفا للإجماع . له قوله عليه الصلاة والسلام « المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم » ولأن التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلاة ، ولو كانت شرطا فإلما أقيمت مقامها كما في التامى . ولنا الكتاب وهو قوله تعالى - ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه - الآية ، نهى وهو التحريم .

في الكتاب أيضا . وأما ثانيا فلأن قول المصنف والشراح الزبور أيضا فيها بعد : وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكلب وعند الرى ينافى تعمم الذبح في مسئلتنا هذه للاختيارى والاضطرارى ، إذ الظاهر أن القياس المستفاد من قوله وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي إلى آخره يقتضى عدم دخول المقيس في جانب المقيس عليه (قوله له قوله عليه الصلاة والسلام « المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم ») أقول : فيه أن دليله هذا قاصر عن إفادة تمام مدعاه . لأن المسلم والكتانى في ترك التسمية سواء كما مرأفا ، وهذا الحديث إنما ينتهى حجة في حق المسلم وحده (قوله ولنا الكتاب وهو قوله تعالى - ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه - نهى وهو للتحريم) قالى العناية : وجه الاستدلال أن السلف أجمعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير ، وصلة على تدل على أن المراد به الذكر باللسان . يقال ذكر عليه إذا ذكر باللسان . وذكره إذا ذكر

« المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم » سوى بين التسمية وعلمها والشرط لا يكون كذلك . وبأن التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان ، كالطهارة في باب الصلاة فلما كانت شرطا لم تجز صلاة من نسى الطهارة لكنها سقطت بعذر النسيان . سلمنا أنها شرط لكن الملة أقيمت مقامها كما في التامى . والجواب عن الحديث ما ذكره في الكتاب أنه محمول على حالة التسيان دفعا للتعارض بينه وبين حديث عدى بن حاتم على ما نذكره . وعن الاستدلال بأننا لاسلم الملازمة فلما تنفى إلى التسوية بين العمد والتسيان والتسوية بين العمد والتسيان معهودة فيما إذا كان على التامى هيئة مذكورة كالأكل في الصلاة والجماع في الإحرام ، وهما وإن لم تكن هيئة توجب التسيان وهى ما يحصل للذابح عند زهو ق روح حيوان من تغير الحال فليس هيئة مذكورة موجودة ، ولما نغ أن يمنع بطلان التالى أيضا على مذهب مالك رحمه الله وعن التزك بما ذكره في الكتاب : يعنى أن إقامة الملة مقام التسمية في حق التامى ، وهو معذور لا يدل في حق العامد ولا عذر له ، وأما ما شنع به المصنف رحمه الله بكون ما ذهب إليه الشافعى رحمه الله مخالفا للإجماع فواضح . واستدل مالك رحمه الله بظاهر قوله تعالى - ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه - فإن فيه النهى بأبلغ وجه ، وهو تأكيد بمن الاستغرافية عن أكل متروك التسمية . وهو بإطلاقه يقتضى الحرمة من غير فصل . وهو أقرب لاهالة من مذهب الشافعى رحمه الله لأنه مذهب ابن عمر رضى الله عنهما . والجواب أنه غير مجرى على ظاهره . إذ لو أريد به بلرت الحاجة وظهر الاتقياد وارتفع الخلاف في الصدر الأول . لأن ظاهر ما يبدل عليه اللفظ لا يمتحن على أهل اللسان ، وفى ذلك أيضا من الحرج مالا يمتحن ، إذ الإنسان كثير النسيان ، والحرج مدفوع بقوله تعالى - وما جعل عليكم في الدين من حرج - فيحمل على حالة العمد دفعا للتعارض . ولنا قوله تعالى - ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه - ووجه الاستدلال أن السلف أجمعوا أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير . وصلة على تدل على أن المراد به الذكر باللسان . يقال ذكر عليه إذا ذكر باللسان . وذكره إذا ذكر بالقلب . وقوله (ولا تأكلوا) علم مؤكد بمن الاستغرافية التى تنهى التأكيد ، وتأكيد إذا ذكر باللسان .

(قوله « المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم ») أقول : ظاهره إقامة الإسلام مقام التسمية (قوله دفعا للتعارض بينه وبين حديث الخ) أقول : ولنا يلزم تخصيص الكتاب بالخبر الواحد (مقوله واستدل مالك بظاهر قوله تعالى - ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه -) أقول : ظاهر كلامه يدل على أن المراد بقول المصنف وبالك احتج بظاهر ما ذكرنا هو الآية الكريمة ، فيخالف ما أسلفه في الدرس السابق أن سادته في مثله لما قلنا (قوله ووجه الاستدلال أن السلف) أقول : يعنى القرن الثالث ، وإلا فحجب عطاء أنه لا يجوز أكل شيء ما بدون ذكر اسم الله عليه . أو المراد أكثر السلف وفيه ما فيه .

والإجماع وهو ما بينا . والسنة وهو حديث عدى بن حاتم الطائي رضى الله عنه فإنه عليه الصلاة والسلام قال في آخره « فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك » علل الحرمة بترك التسمية . وما لك يخرج بظاهر ما ذكرنا . إذ لا فصل فيه ولكننا نقول : في اعتبار ذلك من الحرج مالا يخفى ، لأن الإنسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره . إذ لو أريد به لجرت الحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الأول . والإقامة في حق النامى وهو معنور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر ، وما رواه حمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهى على المذبوح ، وفي الصيد تشترط عند الإرسال والرمى وهى على الآلة ، لأن المقدور له في الأول الذبح وفي الثاني الرمي والإرسال دون الإصابة فتشترط عند فعل يقدر

بالقلب . وقوله « ولا تأكلوا » عام مؤكد بمن الاستغرافية التي تفيد التأكيد ، وتأكيده العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا ، إلا أن الشرع جعل النامى ذاكرا لعلو كان من جهته وهو النسيان فإنه من الشرع بإقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج كما أقام الأكل ناسيا مقام الإساءة في الصوم لذلك انتهى . أقول : فيه كلام . أما أولا فلأن مقتضى قوله أن السلف أجمعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير أن يكون قوله تعالى « ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه » دالا على أن لا يؤكل المذبوح بالذبح الاضطرابى أصلا ، لأن ذكر اسم الله عليه إنما يكون حال الإرسال والرمى لا حال الذبح كما نصوا عليه ، فكان مما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح فزعم أن يدخل تحت النهي عن الأكل في الآية المذكورة ، مع أن حل أكل المذبوح بالذبح الاضطرابى إذا ذكر اسم الله عليه حال الإرسال والرمى مجمع عليه بلا ريب . وأما ثانيا فلأن قوله إلا أن الشرع جعل النامى ذاكرا لعلو كان من جهته وهو النسيان يتنافى قوله فيما قبل فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا ، لأن جعل الشرع النامى ذاكرا لا يتصور بدون تخصيص النامى من عموم قوله تعالى « مما لم يذكر اسم الله عليه » لما كان عامدا وناسيا وتخصيص الشيء مما هو غير محتمل للتخصيص غير متصور أيضا فتحقق التناق بين الكلامين تأمل تفقد قوله وما لك يخرج بظاهر ما ذكرنا إذ لا فصل فيه) قال في غاية البيان : أى لا فصل في ظاهر ما ذكرنا من الآية ، لأن قوله « مما لم يذكر اسم الله عليه » يشمل العمد والنسيان جميعا لعدم القيد بأحدهما انتهى . وقال في العناية : استدلل مالك بظاهر قوله تعالى « ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه » فإن فيه

العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا ، إلا أن الشرع جعل النامى ذاكرا لعلو كان من جهته وهو النسيان فإنه من الشرع بإقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج ، كما أقام الأكل ناسيا مقام الإساءة في الصوم لذلك ، وعمل الكلام في الآية واسع ، وقد قرناه في الآثور والتقرير (والإجماع وهو ما بينا) يريد به ما ذكره في التشريع بقوله فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة مترك التسمية عامدا ، وإنما الخلاف بينهم في مترك التسمية ناسيا الخ (والسنة) وهو حديث عدى بن حاتم الطائي ، فإنه صلى الله عليه وسلم حين سأله عدى عما إذا وجد مع كلبه كلبا آخر قال « لا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك » علل الحرمة بترك التسمية والمسلم والكتان في ترك التسمية سواء ، وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكلب وعند الرمي لكنا في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهى على المذبوح ، وفي الصيد تشترط عند الإرسال والرمى وهى على الآلة ، لأن الطاعة بحسب الطاقة ، والمقدور له في الأول الذبح ، وفي الثاني الرمي والإرسال ، وقد قرع على ذلك في الكتاب تفريعات وهى واضحة ..

(قوله وهو نسيان فإنه من الشرع) أقول : الصحيح في قوله فإنه واضح إلى التمينان .

عليه، حتى إذا أصبح شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ، ولو رمى إلى صيد وسمى وأصاب غيره حل ؛ وكذا في الإرسال، ولو أصبح شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بالأخرى أكل، ولو سمي على سهم ثم رمى بغير صيدا لا يؤكل . قال (ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره، وأن يقول عند الذبح : اللهم تقبل من فلان) وهذه ثلاث مسائل : إحداهما أن يذكر موصولا لامعطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة . وهو المراد بما قال . ونظيره أن يقول : باسم الله محمد رسول الله . لأن الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له ، إلا أنه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم . والثانية أن يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بأن يقول : باسم الله واسم فلان . أو يقول : باسم الله وفلان ، أو باسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرّم الذبيحة لأنه أهل به لغير الله . والثالثة أن يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يضطجع الذبيحة أو بعده ، وهذا لا بأس به لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال بعد الذبح « اللهم تقبل هذه عن أمة محمد بمن شهد لك بالوحدانية وبلى باللاغ » والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضى الله عنه ، جرحوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يخل لأنه دعاء وسؤال ، ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية حل ، ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يخل في أصح الروايتين . لأنه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية . وما تدلّوا به الألسن عند الذبح وهو قوله باسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس رضى الله عنهما في قوله تعالى - فاذكروا اسم الله عليها صواف - قال (والذبح بين الحلق واللبة) وفي الجامع الصغير : لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله . والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « الذكاة مابين اللبة

النهي بأبلغ وجه وهو تأكيده بمن الاستغراقية عن أكل متروك التسمية . وهو بإطلاعه يقتضي الحرمة من غير فصل انتهى . أقول : الظاهر ما ذكر في هذين الشرحين أن يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرنا في قوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا هو قوله تعالى - ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه - فريد عليه أن يقال : إن عادته في مثله أن يقول ماتلونا فما معنى المخالفة لما هنا . وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الصفحة الأولى ، فالأظهر عندي أن يكون مراده بقوله ما ذكرنا في قوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا مجموع ما ذكره من الكتاب والسنة لا الكتاب وحده فلا يلزمه ترك عادته ، لأن عادته أن يقول لما تلونا فيما

قال (ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره الخ) المسائل المذكورة ظاهرة . وقوله (ومحمد رسول الله بكسر الدال) يشير إلى أنه لو قال غير مكسور لا يحرم ، قيل هذا إذا كان يعرف النحو . وقال القزويني : إن خفضه لا يخل لأنه يصير ذاإعما بما ، وإن رفعه حل لأنه كلام مبتدأ ، وإن نصبه اختلقوا فيه ، فقال بعضهم على قياس ما روى عن محمد رحمه الله : أنه لا يرى الخطأ في النحو معتبرا في باب الصلاة ونحوها لا يحرم وقوله (حتى لو قال عند الذبح) إشارة إلى أنه لو قدمه أو أخره لا بأس به (ولو قال سبحان الله والحمد لله يريد التسمية حل بلا خلاف) والفرق لأن يوسف رحمه الله بين هذا وبين التكبير أن المأمور به هاهنا الذكر ، قال الله تعالى - فاذكروا اسم الله عليها صواف - أي قائمات صفين أيديين وأرجاهن وهنالك التكبير ، وبهذا الألفاظ لا يكون مكبرا (ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يخل في أصح الروايتين) والفرق لأن حنيفه رحمه الله بين هذا وبين الخطيب إذا عطس يوم الجمعة على المنبر فقال الحمد لله أنه يجوز أن يصلي الجمعة بذلك المقدور في إحدى الروايتين عنه بأن المأمور به هنالك ذكر الله مطلقا . قال الله تعالى - فاسعوا إلى ذكر الله - وهاهنا الذكر على الذبح (والذبح بين الحلق واللبة ، وفي الجامع الصغير : لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله) وأتى بلفظ الجامع الصغير لأن

(قوله فقال بعضهم على قياس ما روى عن محمد إنه لا يرى الخطأ في النحو معتبرا في باب الصلاة ونحوها لا يحرم) أقول : لا يجوز أن يكون تعدد إفادة معنى المنوع على ما هو المناسب لتحسين الفطن بالمسلمين وحل أمرهم على الصلاح لا بالمجرور . والحرمة لا تنتمى بالمثل .

واللحين ، ولأنه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه إنهار الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء . قال (والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة : الحلقوم ، والمرئ ، والودجان) لقوله عليه الصلاة والسلام « أفر الأوداج بما شئت » .

إذا أراد الكتاب وحده . وأن يقول لما رويته فيها إذا أراد السنة وحدها ، فلما أراد مجموعهما هاتما أتى بكلمة جامعة فقال : ومالك يحتاج بظاهر ما ذكرنا : يعني قوله تعالى - ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه - فحدث عدى بن حاتم الطائي إذ انفصل في ظاهر كل منهما كما ترى (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام « أفر الأوداج بما شئت ») قال تاج الشريعة : القرى : القطع للإصلاح ، والإفراء : القطع للإفساد . فيكون كسر الهزة هنا أليق انتهى . واقتضى أثره صاحب الكفاية والعناية غير أن صاحب الكفاية أتى بعين لفظه ، وأما صاحب العناية فذكر لفظ أنسب بدل لفظ أليق وقال ولهذا قال المصنف بعد هذا ورود الأمر بغيره . أقول : فيما ذكره هؤلاء الشراح نظر ، لأن صاحب القاموس عم القرى والإفراء للإصلاح والإفساد بلا فرق بينهما حيث قال : فراه بغيره : شقه فاسدا أو صالحا كفراه وأفراه انتهى . فعل هذا لايم مذكوره أصلا . وأما صاحب المغرب فقد ذكر الفرق بينهما ، إلا أنه جعل الذبح من قبيل الإفراء دون القرى حيث قال عن أبي عبيد : والفرق بين الإفراء والقرى أنه قطع للإفساد وشق كما يقرى الذابح والسبع ، والقرى قطع للإصلاح كما يقرى الخراز الأديم انتهى . فعل هذا لايم قولهم فيكون كسر الهزة هنا أليق ، إذ لا شك أن الذبح إذا كان من قبيل الإفراء دون القرى كان فتح الهزة هنا هو الأليق والأنسب . ثم إن صاحب المغرب قال : وقد جاء قرى بمعنى أقرى أيضا ، إلا أنه لم يسمع به في الحديث انتهى . فعل هذا لا مجال لكسر الهزة في الحديث لكونه غير مسموح فيه فضلا عن أن يكون أليق وأنسب . وأما قول المصنف فيها بعد في أثناء

فيه بيان ليس في رواية القدوري . وذلك لأن في رواية القدوري الذبح بين الحلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما . فيحمل على ما يدل عليه لفظ الجامع الصغير . والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم « الذكاة مابين اللبة واللحين » وهو يقتضى جواز الذبح فوق الحلق قبل العقدة . لأنه وإن كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللحين ، وهو دليل ظاهر للإمام الرستغني رحمه الله في حل مابني عقدة الحلقوم مما يلي الصدر . ورواية المبسوط أيضا تساعده ، ولكن صرح في ذبائح الذخيرة أن الذبح إذا وقع أعلى من الحلقوم لا يخل ، وكذلك في فتاوى أهل سمرقند لأنه ذبح في غير المذبح ، وهو مخالف لظاهر الحديث كما ترى ، ولأن ما بين اللبة واللحين مجمع العروق والمجرى فيحصل بالفعل فيه إنهار الدم على أبلغ الوجوه ، وكان حكم الكل سواء ، ولا يعتبر بالعقدة . قال (والعروق التي تقطع في الذكاة الخ) العروق التي تقطع في الذكاة أربعة : الحلقوم ، والمرئ ، والودجان . واختلف العلماء رحمهم الله في اشتراط ما يقطع منها للحل ، فذهب الشافعي رحمه الله إلى الاكتفاء بالحلقوم والمرئ : وذهب مالك رحمه الله إلى اشتراط قطع جميعها . وذهب أبو يوسف رحمه الله إلى اشتراط قطع الحلقوم والمرئ وأحد الودجين رجع إليه بعد ما كان قوله كقول أبي حنيفة رحمهما الله كما ذكره . وذكر القدوري أنه قول محمد أيضا . وقال المصنف : المشهور في كتب مشائخنا رحمهم الله أن هذا قول أبي يوسف وحده . وذكر عن محمد أنه يمتنر أكثر كل فرد منها وهو رواية عن أبي حنيفة . وأما أبو حنيفة فقد اكتفى بقطع الثلاث أيها كانت ، وهي ثلاثة أوجه : وإن قطع الجميع فهو أولى وهو وجه رابع ، والأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « أفر الأوداج بما شئت » والقرى : القطع للإصلاح ، والإفراء : القطع للإفساد فيكون كسر الهزة أنسب ، ولهذا قال بعد هذا ورود الأمر بغيره . احتج الشافعي رحمه الله بأنه جمع الأوداج وما ثمة إلا الودجان ، فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو يقطع الحلقوم والمرئ ، لأن الحيوان لا يعيش بعد قطعهما ، وهو ضعيف لفظا ومعنى : أما لفظا فلأن الأوداج لادلالة لخاصة الحلقوم والمرئ أصلا . وأما معنى فلأن المقصود إسالة الدم

(قوله لأن في رواية القدوري : الذبح بين الحلق والخ) أقول : فيكون المراد بالحلق في كلام القدوري بقاء .

وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المرء والودجين . وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحقوم والمرء ، إلا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحقوم فيثبت قطع الحقوم باقتضائه . وبظاهر ما ذكرنا يحتاج مالك ولا يجوز الأكثر منها بل يشترط قطع جميعها (وعندنا إن قطعها حل الأكل ، وإن قطع أكثرها فكلنك عند أبي حنيفة) وقالوا : لا بد من قطع الحقوم والمرء وأحد الودجين . قال رضى الله عنه : هكنا ذكر القدورى الاختلاف في مختصره . والمشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله أن هذا قول أبي يوسف وحده . وقال في الجامع الصغير : إن قطع نصف الحقوم ونصف الأوداج لم يؤكل ، وإن قطع أكثر الأوداج والحقوم قبل أن يموت أكل ، ولم يحك خلافا فاختلفت الرواية فيه . والحاصل أن عند أبي حنيفة إذا قطع

تعليل قول محمد : ولورود الأمر بفره فلعلم جرى منه على استعمال فرى بمعنى أفرى أيضا كما ذكر في المغرب . ولا ينافيه عدم السماع به في الحديث لأن ما ذكره فيها بعد لفظ نفسه لالفظ الحديث . أو اختياره منه لعدم الفرق بين الفرى والإفراء . مطلقا كما ذكره في القاموس . فكنا ينبغي أن يفهم هذا المقام قوله وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المرء والودجين . وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحقوم والمرء) قال في النهاية : احتج الشافعي بأنه جمع الأوداج وما ثم إلا الودجان . فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو يقطع الحقوم والمرء لأن الحيوان لا يعيش بعد قطعهما . أقول : يرد على هذا الاحتجاج أنه لو كان المقصود به مجرد ما يحصل به زهوق الروح لكن قطع واحد من الحقوم والمرء . إذ الحيوان لا يعيش بعد قطع أحدهما أيضا كما لا يخفى . وقد أفصح عنه المصنف في تقرير دليل أبي حنيفة فيما بعد حيث قال : لأنه لا يجبا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام ، مع أن الشافعي لم يقل بكناية قطع أحدهما بل شرط قطعهما معا . وقال في النهاية بعد ذكر الاحتجاج الزبور : وهو ضعيف لفظا ومعنى ، أما اللفظ فلأن الأوداج دلالة لها على الحقوم والمرء أصلا . وأما معنى فلأن المقصود بإسالة الدم النجس ، وهو إنما يحصل بقطع مجراه انتهى . أقول : ما ذكره في وجه ضعفه لفظا ليس بسديد ، إذ قد ذكر في الاحتجاج الزبور وجه دلالة الأوداج على الحقوم والمرء بأنه جمع الأوداج . وما ثم إلا الودجان ، فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو يقطع الحقوم والمرء فلا معنى بعد ذلك لثرد نفي دلالتها عليهما بل لا بد من بيان محذور كما لا يخفى (قوله إلا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحقوم فيثبت قطع الحقوم باقتضائه) قال بعض الفضلاء : فيه بحث . لأن المفهوم من كلام المصنف الذى سيذكره في تعليل أبي حنيفة حل الأوداج على الاستغراق حيث بنى تعليله على قيام الأكثر مقام الكل فحينئذ يثبت قطع الحقوم بتناول اللفظ لا باقتضائه انتهى . أقول : ليس هذا بشيء . لأن ماسيجىء من كلام المصنف في تعليل قول أبي حنيفة وإن اقتضى حل الأوداج على الاستغراق إلا أنه لا يقتضى أن يكون الاستغراق من جهة

النجس ، وهو إنما يحصل بقطع مجراه . واحتج مالك رحمه الله بظاهر دلالة اللفظ وما يقتضيه . فإن الأوداج جمع وأقله ثلاث فيتناول المرء والودجين ، وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الحقوم متعلق بثبت قطع الحقوم بالاقتضاء ، وجوابه مسيجىء . واحتج أبو يوسف رحمه الله بأن المقصود من قطع الودجين إتهار الدم فينوب أحدهما مناب الآخر . إذ كل منهما مجرى الدم ، أما الحقوم فيخالف المرء ، فإن المرء مجرى اللبغ والماء والحقوم مجرى النفس . ووقع في بعض النسخ بالعكس ، وليس بجيد فلا بد من قطعهما وهو قريب ، وجوابه مسيجىء . واحتج محمد رحمه الله بأن كل فرد منها أصل ينضمه لافصاله عن غيره ولورود الأمر بفره ، والأكثر يقوم مقام الكل فيعتبر أكثر كل من الأمور الأربعة وهو أقرب كما ترى . واحتج أبو حنيفة رحمه الله بأن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام . وأى ثلاث قطعها فقد قطع الأكثر منها وما هو المقصود يحصل بها

(قال المصنف : فيثبت قطع الحقوم باقتضائه) أقول : فيه بحث ، لأن المفهوم من كلام المصنف الذى سيذكره في تعليل أبي حنيفة حل الأوداج على الاستغراق حيث بنى تعليله على قيام الأكثر مقام الكل . فحينئذ يثبت قطع الحقوم بتناول اللفظ لا بالاقتضاء .

الثلاث : أى ثلاث كان محل :وبه كان يقول أبو يوسف أولا ثم رجع إلى ما ذكرنا . وعن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله ، لأن كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الأمر بغيره فيعتبر أكثر كل فرد منها . ولأبي يوسف أن المقصود من قطع الودجين إنبار الدم فينبو أحدهما عن الآخر ، إذ كل واحد منهما مجرى الدم . أما الحلقوم فيخالف المرء فإنه مجرى اللف والماء ، والمرء مجرى النفس فلا بد من قطعهما . ولأبي حنيفة أن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام ، وأى ثلاث قطعها فقد قطع الأكثر منها وما هو المقصود يحصل بها هو إنبار الدم المسفوح والتوحية في إخراج الروح . لأنه لا ينجى بعد قطع مجرى النفس أو الطعام ، ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحمزا عن زيادة التعذيب . بخلاف ما إذا قطع النصف لأن الأكثر باق فكأنه لم يقطع شيئا احتياطا بجانب الحرمة . قال (ويجوز الذبح بالنظر والسن والقرن إذا كان منزوعا حتى لا يكون بأكله بأس . إلا أنه يكره هذا الذبح) .

واحدة كدلالة اللفظ عليه عبارة ، بل يجوز أن يتحقق الاستغراق بدلالة اللفظ على قطع الثلاثة عبارة ، وعلى قطع الرابع أيضا اقتضاء كما ذكره هاهنا ، إذ لا شك أنه يحصل من المجموع استغراق العروق الأربعة كلها ، وإن كان من جهتي الدلالة : أعني العبارة والاقتضاء فلا تدافع بين كلأى المصنف كما توهم قوله ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحمزا عن زيادة التعذيب) أقول : لقائل أن يقول : لو كان في قطع الودجين معا زيادة التعذيب وكان في الاكتفاء بقطع أحدهما تحمزا عما لما كان قطع العروق الأربعة جميعا في الذكاة أولى عند أبي حنيفة أيضا ، بل ينبغي أن يكون الاكتفاء بقطع أحد الودجين أولى ، فإن تعذيب الحيوان بلا فائدة مما يجب الاحتراز عنه على ما تقرر في كثير من قواعد الفقه ، مع أنه صرح في الشروح وغيرها

وهو إنبار الدم المسفوح والتوحية : أى التعجيل في إخراج الروح . لأنه لا ينجى بعد قطع مجرى النفس أو الطعام ، وبهذا يحصل جواب أبي يوسف ، وبقوله (ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحمزا عن زيادة التعذيب) جواب مالك رحمه الله . لا يقال : الأوداج جمع دخل عليه الألف واللام وليس ثمة موهود فينصرف إلى الواحد ، كما في قوله تعالى - لا يحمل لك النساء - لأن ما تحته ليس أفراد حقيقه والانصراف إلى الجنس فيها يكون كذلك . وقوله (بخلاف ما إذا قطع النصف لأن الأكثر باق) قيل : يعنى أكثر المرحص فيه وهو الثلاثة ، فإن الاثنين لما كانا باقين كان أكثر المرحص باقيا فلا يحمل . وقيل لما كان جانب الحرمة مرجحا كان للنصف الباقي حكم الأكثر فكأنه لم يقطع شيئا وربما لوح إلى هذا بقوله احتياطا بجانب الحرمة . قال (ويجوز الذبح بالنظر والقرن والسن الخ) الذبح بالنظر والقرن والسن المزوعة جائز مكروه ، وأكل الذبيح بها بأس به . وقال الشافعى رحمه الله : هو ميتة لقوله صلى الله عليه وسلم « كل ما أهر الدم وأقرى الأوداج ما خلا النظر والسن فلهما مدى الحيشة » استئناهما بالإطلاق عما يجوز أكله فيتناول الحرمة بالمزوع والقائم ، ولأن الذكاة فعل مشروع . وإنبار الدم بها مطلقا غير مشروع فلا يكون ذكاة كغير المزوع . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « أهر الدم بما شئت » ويروى « أهر الأوداج بما شئت » وهو بإطلاقه يقتضى الجواز بالمزوع وغيره ، إلا أننا تركنا غير المزوع بما رواه الشافعى فإن فيه دلالة على ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام « فلها مدى الحيشة » فلهم لا يقلمون الأظفار ويحدون الأسنان ويقاثلون بالخدش والعص . وهذا

(قال المصنف : وما هو المقصود يحصل بها) أقول : أى يقطعها على حلف مضاف (قال المصنف : والتوحية) أقول : أى التعجيل بالخاء المهملة (قال المصنف : لأنه لا ينجى بعد قطع مجرى النفس والطعام) أقول : لنل الواو بمعنى أو (قوله وحصل بهذا جواب أبي يوسف) أقول : إنما يحصل جوابه إذا كان الواو في قوله والطعام بمعنى أو (قوله وليس ثمة موهود) أقول : قيل لا تسلم أنه ليس ثمة موهود ، فإن اللروق التى تقطع بالذبح معلوم موهود (قوله لأن ما تحته ليس أفراد حقيقه ، والانصراف إلى الجنس فيها يكون كذلك) أقول : فيه بحث ، فإنه إنما يصل على الجنس إذا تقرر حله على الاستغراق ، وهنا ليس كذلك كما لا يخفى . ثم قوله ليس لإفراده : أى ليس من أفراد مفرده . وقوله حقيقه : أى ليس من أفراد حقيقه لأن هذا الجمع من باب التعذيب .

وقال الشافعي : المذبوح ميتة لقوله عليه الصلاة والسلام « كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ما خلا الظفر والسِّن فإنيهما مدى الحبشة » ولأنه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما إذا ذبح بغير المذبح . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « أنهر الدم بما شئت » ويروى « أفرى الأوداج بما شئت » وما رواه محمود على غير المذبح . فإن الحبشة كانوا يفعلون ذلك ، ولأنه آلة جراحة فيحصل بهما المقصود وهو إخراج الدم وصار كالخجر والحديد . بخلاف غير المذبح لأنه يقتل بالثقل فيكون في معنى المتخفة ، وإنما يكره لأن فيه استعمال جزء الآدمي . ولأن فيه إيسارا على الحيوان وقد أمرنا فيه بالإحسان . قال (ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء أنهر الدم إلا السن القائم والظفر القائم) فإن المذبوح بهما ميتة لما بينا . ونص محمد في الجامع الصغير على أنها ميتة لأنه وجد فيه نصا . وما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك . فيقول في الحل لا بأس به وفي الحرمة يقول يكره أو لم يؤكل . قال (ويستحب أن يحذر الذابيح شفرته) لقوله عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى كتب الإحسان على كل شيء » : فإذا قتلتم فأحسنوا القتل ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » ويكره أن يصبجها ثم يحذر الشفرة لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام « أنه رأى رجلا أضجع شاة وهو يحذر شفرته فقال : لقد أردت أن تميتها موتات ، هلا حددتها قبل أن تضجعها » قال (ومن بلغ بالسكين النخاع أو قطع الرأس كره له ذلك

بأن قطع الجميع أولى عند أبي حنيفة أيضا فتأمل . قال في العناية : لا يقال الأوداج جمع دخل عليه الألف واللام . وليس ثمة مهود فيصرف إلى الواحد كما في قوله تعالى - لا يجزئ لك النساء من بعد - لأن ماتته ليس أفرادة حقيقة والانصراف إلى الجنس فيما يكون كذلك انتهى . وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال : فيه بحث ، فإنه إنما يحمل على الجنس إذا تدرج له على الاستفراق وهائنا ليس كذلك انتهى . أقول : ليس لهذا الإيراد مساس بالكلام المذكور في العناية ، إذ لم يقل فيها إن الجميع حمل هائنا على الجنس حتى يمكن أن يورد عليه أن المرف بالآلف واللام إنما يحمل على الجنس عند أبواب علم الأصول إذا تدرج له على الاستفراق ، وهائنا ليس كذلك . بل قال فيها : إن ما نحن فيه ليس أفرادة حقيقة . لأن إطلاقه على غير الودجين بطريق التغليب والانصراف إلى الجنس فيما يكون كذلك : أي فيما يكون ماتته من أفرادة حقيقة فصار حاصله نفي جواز الحمل على الجنس هائنا فلا يتجه عليه الإيراد المذكور أصلا (قوله وقال الشافعي : المذبوح ميتة لقوله عليه الصلاة والسلام « كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ما خلا الظفر والسِّن فإنيهما مدى الحبشة ») أقول : هذا الحديث لا يدل على تمام مدعي الشافعي . بل يدل على خلاف مدعاه في البعض . فإن القرن أيضا داخل في المدعي مع أن الحديث المذكور لا يدل على عدم جواز أكل المذبوح بذلك بل يدل على جوازه حيث استثنى الظفر والسِّن فبق ما عداهما في حكم المستثنى منه (قوله ولأنه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة) أقول : فيه بحث . لأنه إن أراد بقوله إنه فعل غير مشروع أنه محرم فهو ممنوع عندنا بل هو أول المسئلة ، وإن أراد بذلك أنه مكروه فهو مسلم . ولكن لانسلم أنه لا يكون ذكاة حيث أنه هو أيضا أول المسئلة فإنه مكروه

معنى قوله وما رواه محمود على غير المذبح . وقوله (ولأنه آلة جراحة) جواب عن دليله المعقول . وتقريره : إننا لانسلم أن إنهار الدم بالظفر والسِّن المذبحين غير مشروع . فإنه أي كل واحد منهما آلة جراحة يحصل بها المقصود وهو إخراج الدم فصار كالليطة والحجر والحديد والسكين الكليل ، وبقي كلامه ظاهر سوى ألفاظ نضرها : الليطة بكسر اللام : قشر القصب ، والمروة : الحجر الحاد (وقوله لما بينا) إشارة إلى قوله لأنه يقتل بالثقل فيكون في معنى المتخفة ، وقوله صلى الله عليه وسلم « لقد أردت أن تميتها موتات » قيل إنما يكون ذلك إذا علم المقصود بالذبح أن التحديد للذبح ، وليس كذلك لأن المذبوح لا يحل له . وهو مع كونه سوء أدب ساقط لأن الوهم في ذلك كاف وهو موجود فيه والثقل يحتاج إليه لمرة الكلمات وما نحن فيه ليس منها . والنخاع بالفتح والكسر والضم لغة فيه . فسر المصنف بأنه عرق أبيض في عظم الرقبة ، ونسبه صاحب

وتؤكل ذبيحته (وفي بعض النسخ : قطع مكان بلغ . والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة . أما الكراهة فلما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه نهى أن تنزع الشاة إذا ذبحت) وتفسيره ما ذكرناه ، وقيل معناه : أن يحد رأسه حتى يظهر مذبحه ، وقيل أن يكسر عقه قبل أن يسكن من الاضطراب . وكل ذلك مكروه ، وهذا لأن في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهى عنه . والحاصل أن ما فيه زيادة إيذاء لا يحتاج إليه في الذكاة مكروه . ويكره أن يغير ما يريد ذبحه برجله إلى المذبح . وأن تنزع الشاة قبل أن تبرد : يعنى تسكن من الاضطراب ، وبعده لا ألم فلا يكره النخاع والسلخ ، إلا أن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الألم قبل الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال : تؤكل ذبيحته . قال (فإن ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل) لتحقيق الموت بما هو ذكاة . ويكره لأن فيه زيادة الألم من غير حاجة فصار كما إذا جرحها ثم قطع الأوداج (وإن ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل) لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها . قال (وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح ، وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح) لأن ذكاة الاضطراب إنما يصار إليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على مامر ، والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الأول (وكلنا ماتردى من النعم في يثر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار) لما بينا . وقال مالك : لا يجلل الأكل بذكاة الاضطراب في الوجهين لأن ذلك نادر . ونحن نقول : المعبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصير إلى البدل ، كيف وإننا لانسلم التدرية بل هو

عندنا ، ولكنه ذكاة يجوز أكل المذبوح به كما أفصح عنه المصنف بقوله حتى لا يكون بأكله بأس ، إلا أنه يكره هذا الذبح فلم يخل هذا التعليل المذكور من قبل الشافعي عن المصادرة على المطلوب كما ترى (قوله والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة) قال في المغرب : النخاع خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب ، والفتح والضم لغة في الكسر ، ومن قال هو عرق فقد ساء ، إنما ذلك البخاخ بالياء يكون في القفا ، ومنه ينزع الشاة إذا بلغ بالذبح ذلك الموضع ، فالبيض أبلغ من النخاع انتهى . وذكر صاحب النهاية ما في المغرب بعينه غير أنه لم ينسبه إلى المغرب فصاحب العناية كأنه حسب أن صاحب النهاية ذكر ما ذكره هنا من عند نفسه حيث قال : فسره المصنف بأنه عرق أبيض في عظم الرقبة ، ونسبه صاحب النهاية إلى السهو وقال : هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب . ورد بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق هي شرايين وأوتار وما تمة شيء يسمى بالخيط أصلا ، إلى هنا لفظ العناية . أقول : الرد المذكور مردود ، لأن ما ذكره من العظام والأعصاب والعروق إنما هو أعضاء مفردة لبدن الحيوان ، وله أعضاء أخرى مفردة كالغضروف والرباط والغشاء واللحم والشحم وغير ذلك ، ومركبة تركيبا أوليا كالعضل ، أو ثانيا كالعين ، أو ثالثا كالوجه ، ثم الرأس مثلا على ما بين كله في كتب الطب ،

التياء إلى السهو . وقال : هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب . ورد بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق هي شرايين وأوتار ، وما تمة شيء يسمى بالخيط أصلا . ثم ذكر المصنف رحمه الله الأصل الجامع في إفادة معنى الكراهة وهو كل ما فيه زيادة ألم لا يحتاج إليه في الذكاة . قال (وما استأنس من الصيد) قد مر أن الذبح الاضطرابي بدل عن الاختياري فلا يصير إلى الأول قبل العجز عن الثاني ، وهذا خرج ما ذكر في الكتاب (وقوله لما بينا) إشارة إلى قوله لأن ذكاة الاضطراب إنما يصار إليه عند العجز (وقال مالك رحمه الله : لا يجلل الأكل بذكاة الاضطراب في الوجهين) يعنى ماتوحش وما تردى ، لأن ذلك نادر والنادر لاحكم له . قلنا : لانسلم التدرية ، ولئن كانت فالمعتبرة حقيقة العجز وقد تحقق

(قوله ورد بأن بدن الحيوان مركب ، إلى قوله : وما تمة شيء يسمى بالخيط أصلا) أقول : وفي القاموس : النخاع عظنة الخيط الأبيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شب .

غالب . وفي الكتاب أطلق فيها توحش من النعم . وعن محمد أن الشاة إذا نددت في الصحراء فذكاتها العقر . وإن نددت في المصر لا يحمل بالعقر لأنها لا تلدغ عن نفسها فيمكن أخذها في المصر فلا عجز . والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لأنهما يذبحان عن أنفسهما فلا يقدر على أخذهما . وإن نددت في المصر فيتحقق العجز . والصيل كالثد إذا كان لا يقدر على أخذه : حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل أكله . قال (والمستحب في الإبل النحر ، فإن ذبحها جاز ويكره . والمستحب في البقر والنعم الذبح فإن نحرهما جاز ويكره) أما الاستحباب فلموافقة السنة المتواترة ولا اجتماع العروق فيها في المنحر وفيما في المذبح . والكرهية لخالفه السنة وهي للمهي في غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك إنه لا يحمل . قال (ومن نحر ناقة أو ذبح بفرة غير جلد بطنها جنيئا ميتا لم يؤكل أشعر أو لم يشعر) وهذا عند أبي حنيفة . وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله . وقيل أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إذا تم خلقه أكل وهو قول الشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام : ذكاة الجنين ذكاة أمه ، ولأنه جزء من الأم حقيقة لأنه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بفنائها وينفخ بنفسها ، وكلها حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الأم ويعتق بإعتاقها . وإذا كان جزءا منها فالجرح في الأم ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد . وله أنه أصل في الحياة حتى تتصور حياته بعد موتها وعند ذلك ينفرد بالذكاة ، ولهذا ينفرد بإيجاب الغرة ويعتق بإعتاق مضاف إليه ، وتصح الوصية له وبه . وهو حيوان دموي . وما هو المقصود من الذكاة وهو الميز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الأم . إذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يحمل تبعا في حقه . بخلاف الجرح في الصيد لأنه سبب لخروجه ناقصا في مقام الكامل فيه عند التعلل . وإنما ياخذ في البيع تحريما لجوازه كي لا يفسد باستثنائه ويعتق بإعتاقها كي لا ينفصل من الحرية ولد رقيق .

فإن أراد بقوله وما ثمة شيء يسمى بالخيط أنه ما في الأعضاء المفردة المخصوصة التي ذكرها شيء يسمى بالخيط فهو مسلم ، لكن لا يجدي شيئا إذ لم يقل أحد بأن النخاع من تلك الأعضاء المخصوصة حتى يلزم من أن لا يسمى شيء من تلك الأعضاء بالخيط أن لا يكون النخاع خيطا . وإن أراد به أنه ما في أعضاء بدن الحيوان وأجزائه مطلقا شيء يسمى بالخيط فهو ممنوع جدا . كيف ولا شك أن النخاع من أجزائه وكتب اللغة مشحونة بتفسيره بالخيط : منها المغرب كما ذكرناه في صدر الكلام . ومنها صحاح الجوهرى فإنه قال فيه : وهو الخيط الأبيض الذي في جوف الفقار . ومنها القاموس فإنه قال فيه : والنخاع مثلثة الخيط الأبيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب في الجسم إلى غير ذلك من معبراته كتب اللغة .

(وقوله وفي الكتاب) يريد به القلوري وكلامه واضح . والنحر : قطع العروق عند الصدر . والذبح : قطعها تحت اللحية ، والمستحب في الإبل الأول وفي غيره الثاني ، والعكس يجوز . ويكره لما ذكر في الكتاب (وقوله لمخى في غيره) أي في غير الذبح وهو ترك السنة (وقوله أشعر) معناه نبت شعره مثل أعشب المكان . وكلامه واضح خلا أنه لم يجب عن الحديث الذي استدل به لأنه لا يصلح للاستدلال لأنه روى ذكاة أمه بالرفع والنصب . فإن كان منصوبا فلا إشكال أنه تشبيه . وإن كان مرفوعا فكذلك لأنه أقوى في التشبيه من الأول ، عرف ذلك في علم البيان . قيل وما يدل على ذلك تقديم ذكاة الجنين كما في قوله :

وعيناك عيناها وجيدك جيدها سوى أن عظم الساق منك دقيق

(فصل فيما يحل أكله وما لا يحل)

قال (ولا يجوز أكل ذى ناب من السباع ولا ذى غلب من الطيور) ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهي عن أكل كل ذى غلب من الطيور وكل ذى ناب من السباع . وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف إليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له غلب أو ناب . والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة . ومعنى التحريم والله أعلم كرامة بنى آدم كى لا يعلو شئ من هذه الأوصاف الذميمة إليهم بالأكل ، ويلخل فيه الضيع والثعلب . فيكون الحديث حجة على الشافعى رحمه الله في إباحتهما ، والقيل ذو ناب فيكره . واليربوع

(فصل فيما يحل أكله وما لا يحل)

لما ذكر أحكام الذبائح شرع في تفصيل المأكول منها وغير المأكول ، إذ المقصود الأصل من شرعية الذبح ، التوصل إلى الأكل . وقدم الذبائح لأن وسيلة الشئ تقدم عليه في الذكر (قوله وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف إليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له غلب أو ناب) قال صاحب غاية البيان : وهكذا قرر شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح المبسوط . ثم قال : ولنا في هذا التقرير نظر لأن الثقات من المحققين رويوا الحديث بأجمعهم بتقديم كل ذى ناب من السباع على كل ذى غلب من الطيور فلا يتمشى هذا التقرير ، ولو صحت تلك الرواية فتمنع انصراف قوله من السباع إلى النوعين جميعا ، لأن قوله وكل ذى ناب أولى بالانصراف إليه لكونه أقرب انتهى . أقول : قوله لأن قوله وكل ذى ناب أولى بالانصراف إليه لكونه أقرب ليس بتمام . لأن كونه أقرب إنما يقتضى أولوية انصرافه إليه من انصرافه إلى أول النوعين لا إلى النوعين جميعا . ومدعى الشيعين انصرافه إليهما معا فلا يقدم فيه ما ذكره . والوجه أن يقال : بين النوع الأول بقوله من الطيور وهو يأبى أن يكون البيان المذكور في ذيل النوع الثانى وهو قوله من السباع مصر وفا إلى النوعين جميعا ، إذ المتبادر أن يكون كل من البيانيين قيما لما قرن به من أحد النوعين مذكورا يلزاه الآخر فكيف بين الحكم الشرعى على ما هو خلاف المتبادر من الكلام فتدبر (قوله والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة) قال الشراح : الفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف

(فصل فيما يؤكل وما لا يؤكل)

ذكر هذا الفصل عقيب الذبائح لأنه المقصود من الذبائح والوسيلة إلى الشئ تقدم عليه في الذكر وكلامه واضح ، وإنما ذكر أوصاف السبع ليبنى على ذلك . قوله (كى لا يعلو شئ من هذه الأوصاف الذميمة إليهم) والفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم . قال في المبسوط : فالمراد بذى الخلفة ما يختطف بمخلبه من الهواء كالبازي والعقاب ، ومن ذى البية ما ينتهب بنباه من الأرض كالأسد والذئب (قوله ويلخل فيه الضيع والثعلب) لأن لما نابا يقاتلان به فلا يؤكل لحمهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعى في إباحتهما . فإن قيل : يعارضه حديث جابر رضى الله عنه « أنه سئل عن الضيع أمصيد هو ؟ فقال نعم ، فقيل أيؤكل لحمه ؟ فقال نعم ، فقيل أئشئ سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقال نعم ؟ فلا يكون حجة . أجيب بأن حديثنا مشهور لا يعارضه حديث جابر إن صح ، وقد قيل إنه كان في الابتداء ثم نسخ بقوله تعالى : ويحرم عليهم الخبائث . وابن غرس دوية ، والرخم جمع رخة وهو طائر أبلق يشبه النسر في الخلفة . والبغات مالا يصيد من صغار الطير وضمافه ، وأما الغراب الأسود والأبيض فهو أنواع ثلاثة : نوع

(فصل فيما يحل أكله وما لا يحل)

(قوله إن الاختطاف من فعل الطيور ، والانتهاب من فعل سباع البهائم) أقول : قول المصنف كل مختطف منتهب يدل على وجودهما في كل سبع (قوله والبغات مالا يصيد من صغار الطير وضمافه الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه يصدق على ما يؤكل لحمه أبشبا كالصغور

وابن عرس من سباع الموام . وكروها أكل الرخم والبعث لأكلها ياكلان الجيف . قال (ولا بأس بغراب الزرع) لأنه يأكل الحب ولا يأكل الجيف وليس من سباع الطير . قال (ولا يؤكل الأبقع الذي يأكل الجيف ، وكلنا الغداف . وقال أبو حنيفة : لا بأس بأكل العقق) لأنه يئط فأشبه الدجاجة . وعن أبي يوسف أنه يكره لأن غالب أكله الجيف . قال (ويكره أكل الضبع والمضبّ والسلحفاة والزبور والحشرات كلها) أما الضبع فلما ذكرنا ، وأما الضبّ فلأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عائشة نهى الله عنها حين سأله عن أكله . وهي حجة على الشافعي في إباحته ، والزبور من المؤذيات ، والسلحفاة من خبائث الحشرات ولها لا ينبغي على المحرم بقتله شيء ، وإنما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضبّ لأنه منها . قال (ولا يجوز أكل الحمر الأهلية والبالغ)

من فعل الطيور والانتهاج من فعل السباع البهائم انتهى . أقول : فعل هذا كان ينبغي للمصنف أن يقول والسبع كل يختطف أو منتهب إلى آخر ما ذكره ، لأن قوله والسبع كل يختطف منتهب يتعمد إجماع الاختطاف والانتهاج في كل سبيح وهذا لا يتصور على الفرق المذكور كما لا يخفى (قوله وكروها أكل الرخم والبعث لأكلها ياكلان الجيف) الرخم جمع رخم . وهو طائر أبقع يشبه النسر في الحلقة يقال له الأنوق كذا في الصحاح . والبعث طائر أبغث إلى الغبرة دوين الرخمة . بطن الطائر ان كذا في الصحاح أيضا معزيا إلى ابن السكيت . وقال في القاموس : البعث مثله الأول : طائر أغبر انتهى . قال جمهور الشراح هنا البعث مالا يصيد من صغار الطير وضعافه . وقال بعض مبهم بعد ذلك : كالمصاير ونحوها . أقول : هذا التفسير منهم لا يناسب ما في الكتاب . أما أولا فلأنه يتناول ما يؤكل لحمه أيضا كالمصاير فإنها مما يؤكل لحمه بلا خلاف كما صرح به في أوائل كتاب الصيد والذبائح من فتاوى قاضيان . وأما ثانيا فلأن كثيرا مما لا يصيد من صغار الطير وضعافه لا يأكل الجيف بل يأكل الحب كما لا يخفى ، فلو كان المراد بالبعث المذكور في الكتاب ما فسروه به لزم أن لا يتم قول المصنف لأكلها ياكلان الجيف . نعم وقع في بعض كتب اللغة تفسير البعث بما فسره الشراح به هاهنا فإنه قال في ديوان الأدب : البعث مالا يصيد من الطير . وقال في المغرب : البعث مالا يصيد من صغار الطير كالمصاير ونحوها . وقال في الصحاح : قال القراء : بعث الطير شراها . ومالا يصيد منها انتهى . إلا أن شيئا من ذلك لا يصلح أن يجعل تفسيرا لما في الكتاب لما ذكرنا من الوجهين . وإنما التفسير المناسب لما في الكتاب ما قدمناه مما ذكر في الصحاح أولا معزيا إلى ابن السكيت . وما ذكره في القاموس أيضا تبصر ترشد (قوله وإنما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضبّ لأنه منها) قال صاحب معراج الدراية : أي لأن الضبّ من الحشرات ، فإذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفرادها كما إذا قال طبيب لمريض لا تأكل لحم البعير يتناول نبيه كل أفرادها

يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وليس بمكروه ، ونوع منه لا يأكل إلا الجيف وهو الذي سباه المصنف الأبقع الذي يأكل الجيف وأنه مكروه ، ونوع يخلط بأكل الحب مرة والجيف أخرى ولم يذكره في الكتاب وهو غير مكروه عند أبي حنيفة مكروه عند أبي يوسف (قوله وكلنا الغداف) وهو غراب القيقط لا يؤكل . وأصل ذلك أن ما يأكل الجيف فلهمة نبت من الحرام فيكون حبيثا عادة . وما يأكل الحب لم يوجد ذلك فيه ، وما خلط كالديج والعقق فلا بأس بأكله عند أبي حنيفة وهو الأصح ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أكل الدجاجة وهي مما يخلط . وقوله (أما الضبع فلما ذكرنا) يريد به قوله ويدخل فيه الضبع : يعني أنه ذو ناب (وقوله وهي حجة على الشافعي) يعني نهى النبي صلى الله عليه وسلم ، وأنه تأنيث الخبير . فإن قيل : يعارضه حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال : لم يكن من طعام قوى .

(قوله ولم يذكره في الكتاب) أقول : قال الزيلعي في شرح الكنز : ونوع يخلط بينهما وهو أيضا يؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهو العقق فعل هنا لا يصلح قول الشراح ولم يذكره في الكتاب (قال للمصنف : وإنما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضبّ لأنه منها) أقول : قال العلامة الكاكي : أي لأن الضبّ من الحشرات ، فإذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفرادها كما إذا قال طبيب لمريض لا تأكل

لما روى خالد بن الوليد رضى الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير » وعن علي رضى الله عنه « أن النبي عليه الصلاة والسلام أهدر المنة وحرّم لحوم الحمير الأهلية يوم خيبر » . قال (ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة) وهو قول مالك . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله : لا بأس بأكله لحديث جابر رضى الله عنه أنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمير الأهلية ، وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر » ولأبي حنيفة قوله تعالى - والخيل والبغال والحمير لركوبها وزينة - خرج مخرج الامتنان والأكل من أعلى منافعها ، والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم ويمتنّ بأدناها ، ولأنه آله لإرهاب العدو فيكره أكله احتراماً له ولعلها يضرب له بسهم في الغنيمة . ولأن في إباحته تقليل آله الجهاد ، وحديث جابر انتهى . واقتضى أثره العيني . أقول : ليس ذلك بسليد لأن الاستدلال على كراهة الحشرات كلها بكراهة الضب لكونه من تلك الحشرات إنما هو من قبيل أن يترتب الحكم على فرد من أفراد الجنس فينسحب ذلك الحكم على سائر أفراد ذلك الجنس أيضاً لمن قبيل أن يترتب الحكم على الجنس فينسحب ذلك الحكم على جميع أفراد ذلك الجنس أيضاً كما توهمه ذلك الشارحان ، فالظاهر أن مراد المصنف هو أنه إنما تكره الحشرات كلها لأن الضب منها . وقد ورد في كراهة أكله النص فيستدل بكراهة أكله على كراهة أكل سائر الحشرات أيضاً بطريق القياس لاشتراك كلها في علة الكراهة . ثم أقول : ليت شعري لم وقع المصنف في هذا المضيّق ولم يتشبّه في إثبات كراهة أكل الحشرات كلها بقوله تعالى - ويحرم عليهم الخبائث - والظاهر أن

فأجد نفسى تعافه فلا أحله ولا أحرمه » وحديث ابن عباس رضى الله عنهما قال « أكل الضب على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفي الأكلين أبو بكر رضى الله عنه » أجب بأن الأصل أن الحاضر والمبعض إذا تعارضا يرجع الحاضر ، على أن المبعض مؤول بما قبل التحريم ، ولا تزكّل الحمير الأهلية لما ذكر في الكتاب ، وذهب بشر المريسي إلى إباحته ، ونقل ذلك عن مالك رحمه الله شيئاً بما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها سئلت عن ذلك فقلت قوله تعالى - قل لا أجد فيها أوحى إلى عمرًا - الآية ، وبحديث غالب بن أثير قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم « لم يبق من مالى إلا حميرات ، فقال عليه الصلاة والسلام : كل من سمين مالك » واستدللاً بحمل أكل الوحشى وهو ضعيف . أما الآية فليجوز أن يكون قبل حرمة لحم الحمير ، والدليل على ذلك حرمة الأشياء المحرمة الخارجة عن مدلولها . وأما الحديث فلأنه مؤول بأكل ثمنها . وأما الاستدلال فلأن من شرطه أن لا يكون الفرع منصوباً عليه والنص الناهى عن لحوم الحمير الأهلية قائم فيطّل للقياس . قال (ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة رحمه الله الخ) كلامه واضح . وقد اعترض على قوله والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم ويمتنّ بأدناها بأنه ترك ذكر الحمل

لحم البعير ، يتناول فيه كل الأفراد انتهى . وفيه بحث (قوله أما الآية فليجوز أن يكون قبل حرمة لحم الحمير) والدليل عليه أن سورة الأنعام مكية ، وضع خير كان بعد الهجرة (قال المصنف : ولأبي حنيفة وجه الله قوله تعالى - والخيل والبغال والحمير لركوبها وزينة - خرج مخرج الامتنان الأكل من أعلى منافعها الخ) أقول : قال القاضي في تفسيره : واستدل به على حرمة لحومها ، ولا دليل فيه : إذ لا يلزم من تلميل الفعل بما يقصد منه غالباً أن لا يقصد منه غيره أصلاً ، ويدل عليه أن الآية مكية ، وعامة المفسرين والمحدثين على أن الحمير الأهلية حرمت عام خير انتهى . قال الكاكي : فإن قيل : إنما يستقيم هذا أن لو كان المقصود من النص الامتنان بملك النعمة . أما لو كان المقصود الامتنان بالتمتع بالمحسوسة فلا يستقيم هذا . ولئن سلمنا لكن لا نسلم أن منفعة الأكل والحمل فوق منفعة الركوب والزينة . فما قوله منفعة الأكل يتعلّق بها القيام والخيلة فسلم ، لكن غيره يسهل منه فيها وهو الثمن والبقير وغيرها . أما منفعة الركوب والزينة في الخيل فلا يسهل غيره منه ، فإن الركوب والقرينة في الخيل يحصل على الكمال حتى جعل له الشرع سهماً من الغنيمة كالأدى فيمنع ترك الامتنان في الخيل بالأكل لا يدل على حرمة ترك الامتنان بنعمة اللحم والنسل والبضع وحل الثقل . قلنا : وجه الامتنان لا يتعلّق باختصاص هذه المنافع بهذه الأشياء ، بل يتعلّق برجوع هذه المنافع إلى العباد ، ومنفعة الأكل بالإضافة إلى العباد فوق منفعة الركوب والزينة في النعمة . على أننا نقول : إن الركوب والقرينة لا يختص بهذه الأشياء ، بل يسهل في غيرها وهو البقر والضأن والإبل ، فلا يكون المقصود منها ذكر

لحم البعير ، يتناول فيه كل الأفراد انتهى . وفيه بحث (قوله أما الآية فليجوز أن يكون قبل حرمة لحم الحمير) والدليل عليه أن سورة الأنعام مكية ، وضع خير كان بعد الهجرة (قال المصنف : ولأبي حنيفة وجه الله قوله تعالى - والخيل والبغال والحمير لركوبها وزينة - خرج مخرج الامتنان الأكل من أعلى منافعها الخ) أقول : قال القاضي في تفسيره : واستدل به على حرمة لحومها ، ولا دليل فيه : إذ لا يلزم من تلميل الفعل بما يقصد منه غالباً أن لا يقصد منه غيره أصلاً ، ويدل عليه أن الآية مكية ، وعامة المفسرين والمحدثين على أن الحمير الأهلية حرمت عام خير انتهى . قال الكاكي : فإن قيل : إنما يستقيم هذا أن لو كان المقصود من النص الامتنان بملك النعمة . أما لو كان المقصود الامتنان بالتمتع بالمحسوسة فلا يستقيم هذا . ولئن سلمنا لكن لا نسلم أن منفعة الأكل والحمل فوق منفعة الركوب والزينة . فما قوله منفعة الأكل يتعلّق بها القيام والخيلة فسلم ، لكن غيره يسهل منه فيها وهو الثمن والبقير وغيرها . أما منفعة الركوب والزينة في الخيل فلا يسهل غيره منه ، فإن الركوب والقرينة في الخيل يحصل على الكمال حتى جعل له الشرع سهماً من الغنيمة كالأدى فيمنع ترك الامتنان في الخيل بالأكل لا يدل على حرمة ترك الامتنان بنعمة اللحم والنسل والبضع وحل الثقل . قلنا : وجه الامتنان لا يتعلّق باختصاص هذه المنافع بهذه الأشياء ، بل يتعلّق برجوع هذه المنافع إلى العباد ، ومنفعة الأكل بالإضافة إلى العباد فوق منفعة الركوب والزينة في النعمة . على أننا نقول : إن الركوب والقرينة لا يختص بهذه الأشياء ، بل يسهل في غيرها وهو البقر والضأن والإبل ، فلا يكون المقصود منها ذكر

معارض يحدث خالد رضى الله عنه ، والترجيح للمحرّم . ثم قيل : الكراهة عنده كراهة تحرّم . وقيل كراهة تنزيه . والأول أصح . وأما لبته فقد قيل : لا بأس به لأنه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد . قال (ولا بأس بأكل الأرب) لأن النبي عليه الصلاة والسلام أكل منه حين أهدى إليه مشويا وأمر أصحابه رضى الله عنهم بالأكل منه . ولأنه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف فأشبهه الطهي . قال (وإذا ذبح مالا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه إلا الآدى والخنزير) فإن الذكاة لاتعمل فيها . أما الآدى فلحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباج . وقال الشافعي : الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لأنه لا يؤثر في إبادة اللحم أصلا . وفي طهارته وطهارة الجلد تبعاً ولا تبع بكون الأصل وصار كذبح الجوسى . ولنا أن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم . فإذا زالت طهر كما في الدباج . وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل الجوسى إيمانه في الشرع فلا بد من الدباج . وكما يطهر لحمه بطهر شحمه . حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافاً له . وهل يجوز الانتفاع به في غير الأكل ؟ قيل : لا يجوز اعتباراً بالأكل . وقيل يجوز كالزيت إذا خلطه وذلك الميتة ، والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الأكل . قال (ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك) وقال مالك وجماعة من أهل العلم بإطلاق جميع مافي البحر . واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والإنسان . وعن الشافعي أنه أطلق ذلك كله . والخلاف في الأكل والبيع واحد لم قوله تعالى - أحل لكم

الحشرات كلها من الخبائث فيحذّر من الاستدلال بكرة الضب على كراهة الحشرات كلها كما ذهب إليه (قوله ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحرّم . وقيل كراهة تنزيه والأول أصح) قال صاحب العناية في تعليل كون الأول أصح : لأنه روى أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة رحمه الله : إذا قلت في شيء أكرهه فأراك فيه فقال التحريم انتهى . أقول فيه نظر . لأن هذا إنما يدل على كون الأول أصح أن لو كان المروى عن أبي حنيفة رحمه الله في هاتيك المسئلة منحصر في لفظ أكرهه فكان بعضهم حمله على التحريم وبعضهم حمله على التنزيه . وليس كذلك بل للمروى عنه فيها لفظان : أحدهما لا يعجنى أكله وبه أخذ من قال بكراهة التنزيه . وثانيهما أكرهه وبه أخذ من قال بكراهة التحريم . فبين اختلاف الفريقين اختلاف الفقهاء المرويين عنه كما صرح به الشراح قاطبة حتى الشارح المزيور نفسه أيضاً حيث قال متصلاً بتعليله المذكور : ومبنى اختلاف المشايخ في قول أبي حنيفة على اختلاف النقط المروى عنه فإنه روى عنه : رخص بعض العلماء في لحم الخيل فأما أنا فلا يعجنى أكله وهذا يلوح إلى التنزيه . وروى عنه أنه قال : أكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن أبي يوسف أنه تأمل (قوله لم قوله تعالى - أحل لكم

عليه فينبغي أن لا يحمل الحمل عليه وهو فاسد ، فإن الكلام في أن ترك أعلى التيم والذهاب إلى ما دونه دليل حرمة الأعلى والحمل ليس كذلك . وقوله (والأول) يعني كون الكراهة للتحريم (أصح) لأنه روى أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة رحمه الله : إذا قلت في شيء أكرهه فأراك فيه ؟ قال التحريم . ومبنى اختلاف المشايخ رحمهم الله في قول أبي حنيفة رحمه الله على اختلاف اللفظ المروى عنه . فإنه روى عنه : رخص بعض العلماء في لحم الخيل . فأما أنا فلا يعجنى أكله . وهذا يلوح إلى التنزيه . وروى عنه أنه قال أكرهه ، وهو يدل على التحريم على ما روينا عن أبي يوسف رحمه الله (قوله ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك) واضح . والطائفي اسم قاعل من طفا الشيء فوق الماء يطفو إذا علا . والمراد من السمك الطائفي الذي يموت في الماء

المنافع الخاصة بها . ومنفعة الأكل في الخيل فوق الركوب يتصلق البقاء به دون الركوب . وأما قوله غيره يد سده في تعلق البقاء . قلنا : ذلك لا يتخرج عن كون منفعة الأكل فوق منفعة الركوب والزينة . وأما منفعة البيع والحمل فقت ذكرها دلالة لأنه متى ثبت كونه ركوباً . نعماً به في ذاته ثبت أنه مال متقوم وعلى البيع . وفيه كلام لا يخفى .

صيد البحر - من غير فصل ، وقوله عليه الصلاة والسلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ، ولأنه لادم في هذه الأشياء إذ النوى لا يسكن الماء والحرم هو الدم فأشبه السمك . قلنا : قوله تعالى - ويحرم عليهم الخبائث - وما سوى السمك خبيث . ونهى رسول الله عليه الصلاة والسلام عن دواء يتخذ فيه الفصدع ، ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطيد وهو مباح فيما لا يخل ، والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « أحلت لنا ميتتان ودمان . أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال » قال (ويكره أكل الطاق منه) وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا بأس به لإطلاق ما روي . ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث . ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « مانضب عنه الماء فكلوا . وما لفظه الماء فكلوا . وما طقا فلا تأكلوا » وعن جماعة من الصحابة مثل منبهنا ، وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضاعفا إلى البحر لا ما مات فيه . من غير آفة . قال (ولا بأس بأكل البحر والمارماهي وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة) وقال مالك : لا يخل الجراد إلا أن يقطع الآخذ رأسه أو يشويه لأنه صيد البر . ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يخل إلا بالقتل كما في سائر . والحجة عليه ما روي . وسئل على رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض وفيها الميت وغيره فقال : كله . وهذا عد من فصاحته . ودل على إباحته وإن مات حتف أنفه : بخلاف السمك إذا مات من غير آفة لأننا خصصناه بالنص الوارد في الطاق ، ثم الأصل في السمك عندنا أنه إذا مات بآفة يخل كما لا يخود . وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يخل كالطاق ، وتنسحب عليه فروع كثيرة بينها في كفاية المنتهى . وعند التأمل يقف المبرز عليها : منها إذا قطع بعضها فات يخل أكل ما أبين وما بقي ، لأن موته بآفة وما أبين من الحي وإن كان ميتا فينته حلال . وفي الموت بالحر والبرد روايتان ، والله أعلم .

صيد البحر - من غير فصل (أقول : الظاهر أن ضمير لم راجع إلى جميع من خالفنا في هذه المسئلة على التفصيل المذكور ، إذ لم يذكر فيها بعد سوى دليل أختنا . مع أن التمسك بهذه الآية على الوجه المذكور لا يتمشى على قول من قال منهم باستثناء الخنزير والكلب والإنسان كما مر ذلك أيضا ، إذ على ذلك القول يلزم الفصل كما لا يخفى فتأمل) وقوله ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث (أقول : لا يلزم على القطن أن هذا القدر من الاستدلال لا يفيد مدعى مالك والشافعي بلدون المصير إلى إطلاق ذلك الحديث أيضا للسمك الطاق وعند ذلك لا يظهر وجه جعله دليلا مستقلا كما هو مقتضى نحرير المصنف . بل ينبغي أن يقال لإطلاق ما روي وإطلاق حديث حل ميتة البحر .

حتف أنفه من غير سبب فيعمل . والبحريث نوع من السمك والمارماهي كذلك . وقوله (والحجة عليه ما روي) يعني قوله عليه الصلاة والسلام « أحلت لنا ميتتان ودمان الخ » وقوله (وتنسحب عليه فروع كثيرة بينها في كفاية المنتهى) منها أنه لو وجد في بطن السمكة سمكة أخرى فلها توكل لأن ضيق المكان سبب لموتها ، وكذلك إن قتلها طير الماء وغيره ، وكذلك إن ماتت في حب ماء لأن ضيق المكان سبب لموتها ، وكذلك إن جمعها في حظيرة لاستطيع الخروج منها وهو يقدر على أخفها بغير صيد فتن فيها كذلك ، وإن كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير في أكلها لأنه لم يظهر لموتها سبب ، وإذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها أو أكل شيئا ألقاه في الماء لتأكل منه فانت منه وذلك معلوم فلا بأس بأكلها ، وهو في معنى ما انحصر

(قال المصنف : وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضاعفا إلى البحر) أقول : فيه بحث ، فإن الظاهر أن إضافة ميتة البحر مثل إضافة قتل الضف في كونها إضافة إلى المكان . وجوابه أن مراده لاسمات فيه بغير آفة توفيقا بين الروايتين .

(كتاب الأضحية)

(كتاب الأضحية)

أورد الأضحية عقيب الذبائح لأن الأضحية ذبيحة خاصة والخاص بعد العام . كذا قالوا . أقول : فيه مناقشة هي أنهم إن أرادوا أن الخاص يكون بعد العام في الوجود فهو ممنوع . إذ قد تقرر عند المحققين أنه لا وجود للعام إلا في ضمن الخاص . وإن أرادوا أن الخاص يكون بعد العام في التحلل فهو إنما يكون إذا كان العام ذاتيا للخاص وكان الخاص معقولا ولكنه كما عرف ، وكون الأمر كذلك فيما نحن فيه ممنوع . ويمكن أن يقال : تميز الذائق من العرضي إنما يتعسر في الحقائق النفس الأمرية . وأما في الأمور الوضعية والاعتبارية كما فيما نحن فيه فكل ما اعتبر دخلا في مفهوم شيء يصير ذاتيا لذلك الشيء . ويكون تصور ذلك الشيء بالأمور الداخلة في مفهومه تصورا له بالكنه . ولا شك أن معنى الذبيح داخل في معنى الأضحية لغة وشرعية فيتوقف تغلها على تغل معنى الذبيح فتم التقرّب على اختيار الشق الثاني تأمل توقف . ثم إن بيان معنى الأضحية لغة وشرعية قد اختلفت فيه عبارات الشراح ، قال صاحب النهاية : أما لغة فالأضحية اسم شاة ونحوها تذبح في يوم الأضحي انتهى . أقول : فيه نوع مخالفة لما ذكر في مشاهير كتب اللغة من القاموس والصحاح وغيرها ، فإن المذكور فيها أن الأضحية شاة تذبح في يوم الأضحي ولم يذكر في واحد منها عموم الأضحية لشيء من غير الشاة كما يشعر به لفظ ونحوها في عبارة صاحب النهاية . وقال صاحب العناية ومراجع الدراية : الأضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الأضحي انتهى . أقول : فيه سباجة ظاهرة ، فإنه يتناول كل ما يذبح في يوم الأضحي من مثل اللحاجة والحمامة ونحوها مما لا يطلق عليه لفظ الأضحية لا بحسب الشرع ولا بحسب اللغة . وقال صاحب الكافي والكفاية : هي ما يضحى بها : أي يذبح انتهى . أقول : فيه خلل بين . فإنه يتناول كل ما يذبح في يوم الأضحي وغيره ، وإنما هذا معنى الذبيحة مطلقا ، ولا شك أن الأضحية أخص منها . ثم قال صاحب النهاية :

عنه الماء . وقال صلى الله عليه وسلم : ما تحسر عنه الماء فكل . وقوله (وفي الموت بالحرّ والبرد روايتان) إحداهما أنها تؤكل لأنه مات بسبب حادث فكان كما لو ألقاه الماء على اليبس . والأخرى أنها لا تؤكل لأن الحرّ والبرد صفتان من صفات الزمان وليستا من أسباب الموت في الغالب . وأطلق القموص رحمه الله الروايتين ولم ينسبهما لأحد . وذكر شيخ الإسلام رحمه الله أنه على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجل ، وعلى قول محمد رحمه الله يجل . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(كتاب الأضحية)

أورد الأضحية عقيب الذبائح لأن التضحية ذبح خاص والخاص بعد العام . والأضحية في اللغة : اسم ما يذبح في يوم الأضحي وهي أقولة وكان أصله أضحية اجتمعت الروا والباء وسبقت إحداهما بالسكون فقلبت الواو ياء وأدغمت الياء في الياء وكسرت الحاء لتناسب الياء ، ويجمع على أضحي بتشديد الياء . قال الأصمعي : وفيها أربع لغات : أضحية بضم الحززة وبكسرهما وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة كهديّة وهديا وأضحية وجمعه أضحي كأطاة وأرطى وقال القراء الأضحي يذكرو يؤنث .

(كتاب الأضحية)

(قوله أورد الأضحية عقيب الذبائح لأن الخ) أقول : الأولى أن يقول : أورد الأضحية عقيب الذبائح لأنها ذبيحة خاصة

وأما شرعا فالأضحية اسم لحیوان مخصوص وهو الإبل والبقر والضأن والمز بن "مخصوص، وهو الثني فصاعدا من هذه الأنواع الأربعة . والخلع من الضأن يذبح بنية القرية في يوم مخصوص وهو يوم الأضحية عند وجود شراؤها وسببها انتهى . وقال صاحب العناية : وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الأضحية انتهى . أقول : يرد على ظاهره أن الأضحية في الشريعة عبارة عما يذبح من حيوان مخصوص في وقت مخصوص لأن ذبح ذلك الحيوان في ذلك الوقت ، فإن هنا معنى التضحية لا معنى الأضحية ، وقد لوح إليه صاحب الإصحاح والإيضاح حيث قال : هي في الشريعة ما يذبح في يوم الأضحية بنية القرية . وقال فيها نقل عنه : ومن قال عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص فإنه لم يفرق بين الأضحية والتضحية انتهى . أقول : يمكن أن يجاب عنه بحمل الكلام على المساعة بناء على ظهور المراد فيكون المراد بذبح حيوان مخصوص هو الحيوان المذبح نفسه ، وهذا كما قبل في تعريف العلم بحصول صورة الشيء في العقل

وفي الشريعة : عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الأضحية . وشراؤها ستذكر في أثناء الكلام . وسببها الوقت وهو أيام النحر ، لأن السبب إنما يعرف بنسبة الحكم إليه وتعلقه به ، إذ الأصل في إضافة الشيء إلى الشيء أن يكون سببا ، وكذا إذا لازمه فكرر بتكرره كما عرف في الأصول . ثم إن الأضحية تكررت بتكرار الوقت وهو ظاهر ، وقد أضيف السبب إلى حكمه . يقال يوم الأضحية فكان كقولهم يوم الجمعة ويوم العيد ، ولا نزاع في سببية ذلك ، وبما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كما متاع تقديم الصلاة على وقتها . لا يقال : لو كان الوقت سببا لوجب على الفقير لتحقق السبب ، لأن الثني شرط الوجوب والقرض علمه ، وهي واجبة بالقدر الممكنة لدليل أن المورس إذا اشترى شاة للأضحية في أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتر كان عليه أن يتصدق ببها أو بقيتها ولا تسقط عنه الأضحية ، فلو كانت بالقدر الميسرة لكان دوامها شرطا . كما في الذكاة والعشر والخراج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة . لا يقال : أدنى ما يمكن به المرء من إقامتها تملك قيمة ما يصلح للأضحية ولم يجب إلا بملك النصاب فدل أن وجوبها بالقدر الميسرة ، لأن اشتراط النصاب لابنائى وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر ، وهذا لأنها وظيفة مالية نظرا إلى شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الثني كما في صدقة الفطر . لا يقال : لو كان كذلك لوجب التحليل وليس كذلك ، لأن القرب المالية قد تحصل بالإتلاف كالإعتاق ، والمضحي إن تصدق باللحم فقد حصل النوعان : أغنى التحليل والإتلاف بإزالة الدم ، وإن لم يتصدق حصل الأخير . وأما حكمها فالخروج عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول إلى الثواب بفضل الله تعالى في العقبى

(قوله وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص) أقول فيمراجع الدراية : المراد من قول أصحابنا الأضحية واجبة التضحية ، أو على حذف المضاف كقوله تعالى : الحج أشهر معلومات . إذ الأضحية توصف بالوجوب لا بالاعتناء ، ويحتمل أن يراد حقيقتها ، لأن الأضحية توصف بالحكمة فتوصف بالوجوب أيضا انتهى . وهذا الكلام منه بعد ما مر في الأضحية في عرف الشرع بما ذكره هذا الفاضل عليه ما ترى . ثم اعلم أنه لا بد في التعريف من قيد آخر ، وهو أن يقول بن "مخصوص للثني ينتقص للتعريف (قوله لأن السبب إنما يعرف بنسبة الحكم إليه) أقول : بإضافته إليه أو عكسه (قوله إذ الأصل في إضافة الشيء إلى الشيء أن يكون سببا) أقول : أي أن يكون المضاف أو المضاف إليه (قوله حتى مضت أيام النحر ثم افتر الخ) أقول : فيه أن المشتري إذا كان فقيرا حين اشتراها ما ولم يضح حتى مضت الأيام فكذلك الحكم ، ففي دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث ، إذ ليس في الفقير قدرة لا يمكنه ولا ميسرة ، فلذلك لا يشتري بنية الأضحية لا القدرة فائتمل . ثم ظاهر قول المصنف وتفاوت بعض الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدر الممكنة وإلا لم تسقط وكان عليه أن يضحي وإن لم يشتر شاة في يوم النحر ، وسيقول إنها شبه الزكاة من حيث أنها تسقط بهلاك المال قبل مضى أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب ، بخلاف صدقة الفطر ، لأنها لا تسقط بهلاك المال بيد ما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى . وهذا كالصريح في أن المعيار فيها هو القدرة الميسرة (قوله لأن اشتراط النصاب لابنائى وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر) أقول : لعلنا أن ينظر الكلام إلى صدقة الفطر فيحتاج إلى جواب حاسم لمادة الاعتراض فيلتأمل . وفي شرح المنار العلامة زين فرشته : وكذا النصاب ليس بشرط في صدقة الفطر ليس ، بل ليصير الموصوف

قال (الأضحية واجبة على كل حرّ مسلم مقيم موسر في يوم الأضحى عن نفسه وعن ولده الصغار) أما الوجوب فنقول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن وإحدى الروائيتين عن أبي يوسف رحمهم الله . وعنه أنها سنة ، ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي . وذكر الطحاوي أن علي بن قول أبي حنيفة واجبة . وعلى قول أبي يوسف ومحمد سنة مؤكدة ، وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف . وجه السنة قوله عليه الصلاة والسلام « من أراد

أن المراد منه هو الصورة الحاصلة في العقل على المساعدة كما حققه الشريف الجرجاني في عدة مواضع من تصانيفه . وطعن بعض الفضلاء في التعريف الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال : اعلم أنه لا بد في التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسنّ مخصوص لثلاث ينقض التعريف انتهى . أقول : يمكن أن يجاب عنه أيضا بأن قوله حيوان مخصوص يغني عن ذلك القيد الآخر . فإن المراد بالمخصوص ما يميز بخصوص النوع وهو الأنواع الأربعة الإبل والبقر والضأن والمز . والمخصوص السني أيضا وهو التي فصاعدا من الأنواع الأربعة المذكورة والجذع من الضأن وحده . فلا ينقض التعريف بشيء . نعم لو فصله كما وقع في النهاية وغيرها لكان أظهر . لكنه سلك الإجمال اعتيادا على ظهور تفصيل ذلك في تضايف المسائل الآتية . ثم قال صاحب النهاية : وأما شرائطها فنوعان : شرائط الوجوب ، وشرائط الأداء . أما شرائط الوجوب فاليسار الذي يتعلق به وجوب صلوة الفطر والإسلام والوقت وهو أيام النحر . حتى لو ولدت المرأة ولدا بعد أيام النحر لانتب الأضحية لأجله . ثم قال : وأما شرائط الأداء فالوقت . ولو ذهب الوقت تسقط الأضحية ، إلا أن في حق المقيمين بالأمصار يشترط شرط آخر وهو أن يكون بعد صلاة العيد . ثم قال : وأما سببها فهو الميهم في هذا الكتاب ، فإن سبب وجوب الأضحية ووصف القدرة فيها بأنها ممكنة أو ميسرة لم يذكر لا في أصول الفقه ولا في فروع . أما الأول فأقول وبالله التوفيق : إن سبب وجوب الأضحية الوقت وهو أيام النحر والغنى شرط الوجوب ، وإنما قلنا ذلك لأن السبب إنما يعرف بنسبة الحكم إليه وتعلقه به ، إذ الأصل في إضافة الشيء إلى الشيء أن يكون حادثا بسببها ، وكذا إذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف ثم هاهنا تكرر وجوب الأضحية بتكرر الوقت ظاهر . وكذلك الإضافة فإنه يقال يوم الأضحى كما يقال يوم الجمعة ويوم العيد . وإن كان الأصل هو إضافة الحكم إلى سببه كما في صلاة الظهر . ولكن قد يضاف السبب إلى حكمه كما في يوم الجمعة ، ومثل هذه الإضافة في الأضحية لم توجد في حق المال ، ألا يرى أنه لا يقال أضحية المال ولا مال الأضحية فلا يكون المال سببها انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن الوقت لما كان شرط وجوب الأضحية كما صرح به لم يبق مجال أن يكون سببا لوجوبها . لأن الشيء الواحد لا يصح أن يكون شرطا وسببا لشيء واحد آخر ، إذ قد تقرّر في علم الأصول أن الشرط والسبب قسمان قد اعتبر في أحدهما ما يتناقض الآخر ، فإنه قد اعتبر في السبب أن يكون موصلا إلى المسبب في الجملة . وفي الشرط أن لا يكون موصلا إلى المشروط أصلا بل كان وجود المشروط متوقفا عليه ، ومن الممتنع أن يكون شيء واحد موصلا إلى شيء واحد آخر . وأن لا يكون موصلا إليه في حالة واحدة لاقتضائه اجتماع التقيضين ، وعن هذا قالوا في الصلاة إن الوقت سبب لوجوبها وشرط لأدائها فلم يلزم أن يكون سببا وشرطا بالنسبة إلى شيء واحد (قوله الأضحية واجبة على كل حرّ مسلم مقيم موسر في يوم الأضحى) قال في العناية أخذنا من النهاية : وهي واجبة بالقدرة الممكنة ، بدليل أن الموسر إذا اشترى شاة للأضحية في أول

قال (الأضحية واجبة الخ) كلامه واضح . والجوامع اسم كتاب في الفقه صنفه أبو يوسف رحمه الله . وقيد بقوله في الوظائف المالية احترازا عن البدنية كالصلاة والصوم فإنهما يختلفان فيها لأن المسافر يلحقه المشقة في أدائها . والعتيرة ذبيحة كانت تذبح في رجب يتقرب بها أهل الجاهلية والمسلمون في صلوات الإسلام ثم نسخ .

به أهلا للإضمار ، إذ الإغناء لا يتحقق من غير الشيء الشرعي . فإن قلت : المراد من الإغناء الإغناء عن المشقة وذلك لا يتوقف على الشيء الشرعي . قلت : ما دون الشيء الشرعي في حكم العلم ، لأن من لم يتصف به يكون أهلا لأخذ صفقة الفطر فلا يكون أهلا لوجوبها اتفاق بينهما انتهى . ثم اعلم أن تفصيل القدرة الممكنة والقدرة الميسرة في باب حسن المأدور به من كتب الأصول فراجع .

أن يضحى منكم فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيئاً ، والتعليق بالإرادة ينافي الوجوب ، ولأنها لو كانت واجبة .

يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افترق كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الأضحية ، فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطاً كما في الزكاة والعشر والخراج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقلل أذى مايمكن به المرء من إقامتها تمكك قيمة ما يصلح للأضحية ولم تجب إلا بملك النصاب ، فدل أن وجوبها بالقدرة الميسرة لأن اشتراط النصاب لايتاني وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر . وهذا لأنها وظيفة مالية نظراً إلى شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كما في صدقة الفطر . لايقال : لو كان كذلك لوجب التملك ، وليس كذلك لأن القرب المالية قد تحصل بالإتلاف كالإعتاق والمضحي إن تصدق باللحم فقد حصل النوعان : أعنى التملك والإتلاف بإلحاق الدم ، وإن لم يتصدق حصل الأخير ، إلى هنا لفظ العناية . واعترض بعض الفضلاء على قوله بدليل أن الموسر إذا اشترى شاة للأضحية في أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ألغى حيث قال فيه : إن المشتري إذا كان فقيراً حين اشتراها لم يضح حتى مضت الأيام فكذلك الحكم . ففي دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث ، إذ ليس في الفقير قدرة لا يمكن ولا ميسرة . فذلك للاشتراء بنية الأضحية لا للقدرة فليتأمل انتهى . أقول : ليس هذا بشيء ، إذ لا نزاع لأحد في أن علة وجوب الأضحية على الموسر هي القدرة على النصاب ، وإنما الكلام هنا في أن القدرة التي تجب بها الأضحية على الموسر هل هي القدرة الممكنة أم القدرة الميسرة . فاستدل صاحب النهاية على أنها هي القدرة الممكنة بمسئلة ذكرت في فتاوى قاضيخان . وهي أن الموسر إذا اشترى شاة للأضحية في أول أيام النحر فلم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افترق كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الأضحية . واقتنى أثره صاحب العناية . ولا شك في استقامة هذا الاستدلال ، إذ لو كان وجوبها بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطاً على ماقرر في علم الأصول . ولا يضره اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة وهو وجوب التصديق بعينها أو بقيمتها ، لأن علة الوجوب في المعسر هي الاشتراء بنية الأضحية كما صرحوا به لا بالقدرة ، وعلة في الموسر هي القدرة لا الاشتراء بنية الأضحية كما صرحوا به أيضاً ، فيعد أن تقرر أن علة في الموسر هي القدرة لاغير تكون تلك المسئلة دليلاً واضحا على تعيين أن المراد بتلك القدرة هي الممكنة لا الميسرة ، على أن اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة ممنوع إذ الواجب في صورة إن كان المشتري معسراً هو التصديق بعينها حية لاغير ، بخلاف إن كان موسراً كما سيجيء في الكتاب مفصلاً . وقال ذلك البعض : ثم ظاهر قول المصنف وتفاوت بمضى الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة ، وإلا لم تسقط وكان عليه أن يضحى وإن لم يشتر شاة في يوم النحر أه . أقول : وليس هذا أيضاً بشيء ، لأن مراد المصنف هناك قوات أداء الأضحية بمضى الوقت لاسقوطها بالكلية في حق المقيم أيضاً ، فإن الأداء وهو تسليم عين الثابت بالأمر بفوت بمضى الوقت في الواجبات المؤقتة مطلقاً ، لأن الوقت شرط لأدائها على ماعرف في أصول الفقه . وأما القضاء وهو تسليم مثل الواجب بالأمر فلا يسقط بمضى الوقت ، وإنما القات بمضيه شرف الوقت لاغير ، وهذا أيضاً مما عرف في أصول الفقه ، وقد تقرر فيه أيضاً أن القضاء قد يكون بمثل معقول كالصلاة للصلاة ، وقد يكون بمثل غير معقول كالغفلة للصوم وثواب الفقة للحج ، وعدوا الأضحية من القسم الثاني وقالوا : إن ادعاه في وقتها بإلحاق الدم وقضاءها بعد مضى وقتها بالتصدق بعينها أو بقيمتها ، فقول ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف وتفاوت بمضى الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة غير مسلمة وقوله وإلا لم تسقط وكان عليه أن يضحى وإن لم يشتر شاة في يوم النحر ليس بصحيح ، إذ لم يقل أحد يسقطها بعد وجوبها حتى يصح قوله وإلا لم تسقط . ولم يقل أحد بصحة أداء الموقوفات بعد مضى وقتها حتى يضح قوله وكان عليه أن يضحى وإن لم يشتر شاة في يوم النحر فإن التضحية بإلحاق الدم . وهي إنما تقبل في وقت الأداء لا بعده ، وإنما الذي يلزم بعده قضاؤها وهو إنما يكون بالتصدق بعينها أو بقيمتها لا بغيره . ثم قال ذلك البعض : وسيقول المصنف إنها تشبه الزكاة من حيث أنها تسقط بهلاك المال

على القيم لوجبت على المسافر لأنها لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتيرة . ووجه الوجوب قوله عليه الصلاة والسلام « من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن » صلانا » ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ، ولأنها قرينة يضاف إليها . يقال يوم الأضحى : وذلك يؤذن بالوجوب لأن الإضافة للاختصاص وهو بالوجود ، والوجوب هو المقضى إلى الوجود ظاهرا بالنظر إلى الجنس ، غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها ويفوت بمضى الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة : والمراد بالإرادة فيها روى والله أعلم

قبل مضي أيام النحر كإزالة تسقط بهلاك النصاب ، بخلاف صدقة الفطر لأنها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى . وهذا كالصريح في أن المعتر فيها هو القدرة الميسرة . إلى هنا كلامه . أقول : وهذا أيضا ساقط جدا : لأن الأضحية إنما تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر لا بهلاكه بعد مضيها . حتى لو اقتص بعد مضيها كان عليه أن يتصلق بعينها أو بقيمتها كما مر بيانه . ووجه ذلك ما تقرّر في علم الأصول من أن وجوب الأداء في الموقتات التي يفصل الوقت عن أدائها كالصلاة ونحوها إنما يثبت آخر الوقت ، إذ هنا يتوجه الخطاب حقيقة لأنه في ذلك الآن يأثم بالترك لا قبله . حتى إذا مات في الوقت لا شيء عليه . والأضحية من هانئ الموقتات فتسقط بهلاك المال قبل مضي وقتها ، ولا تقطع بهلاكه بعد مضي وقتها لتقرر سبب وجوب أدائها إذ ذاك ، بل يازم قضاؤها بالتصلق بعينها أو بقيمتها . بخلاف الزكاة فإنها من الواجبات المطابقة دون الموقتة كما نص عليه في علم الأصول فتسقط بهلاك النصاب مطلقا : أي في أي وقت كان اعتبار القدرة الميسرة فيها . ومن شرط تلك القدرة بقاؤها لبقاء الواجب لئلا يتقلب إلى العسر كما عرفت في أصول الفقه ، فلو كان المعتر في الأضحية أيضا هو القدرة الميسرة لزم أن تسقط الأضحية أداء وقضاء بهلاك المال بعد أيام النحر أيضا لكون دوام القدرة الميسرة شرطا لاعتالة ومراد المصنف بقوله المزبور بيان مشابة الأضحية بالزكاة في مجرد سقوطها بهلاك المال في بعض الأحوال لا في السقوط بهلاكه في كل حال . ومن البين فيه قوله من حيث أنها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كإزالة بهلاك النصاب حيث قيد هلاك المال بكونه قبل مضي أيام النحر في سقوط الأضحية ، وأطلق هلاك النصاب في سقوط الزكاة ، والعجب أن هذا الفرق مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض حتى جعل كلام المصنف كالصريح في خلافه (قوله ووجه الوجوب قوله عليه الصلاة والسلام » من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن » صلانا » ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) اعترض عليه بقوله

(قوله ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم « من ترك سنتي لم تنله شفاعتي » . أجيّب بأنه محمول على الترك اعتقادا أو الترك أصلا ، فإن ترك السنة أصلا حرام قد تجب العقوبة به : لأن فيه ترك الأذان ولا مقاتلة في غير الحرام . وقوله (لأن الإضافة للاختصاص) ظاهر . وقوله (وهو) أي الاختصاص (بالوجود) لأنه إذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقا به فضلا عن الاختصاص (والوجوب هو المقضى إلى الوجود ظاهرا بالنظر إلى الجنس) بلحواز أن يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يمتنعون على ترك الواجب . واعتبر بأن السنة أيضا تقضى إلى الوجود ظاهرا بالنظر إلى الجنس لأن الناس لا يمتنعون على ترك السنة . وأجيّب بأن الوجوب يفرض إليه لاستحقاق العقاب بتركه . وقوله غير أن الأداء اختص بأسباب : أي بشرائط يشق على المسافر استحضارها وهي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها في وقت معين وقد تبين له السفر قبل ذلك وفي ذلك مشقة والسفر موثر في التخييف : ألا ترى إلى جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء التي لا تبلغ قيمة الأضحية ولا عشرها فأولى أن يسقط عنه وجوب الأضحية وهو أقوى حرجا من زيادة ثمن الماء . وقوله (والمراد بالإرادة) جواب عما استدلوأ به من قوله عليه الصلاة والسلام « من أراد أن يضحي منكبه فكان معنى قوله عليه الصلاة والسلام

(قال المصنف : ومثل هذا الوعيد لا يذم بترك غير الواجب) أقول : يمكن أن يمنع ذلك ، كيف وقد قال صلى الله عليه وسلم « من أكل من هاتين الشجرتين فلا يقربن صلانا » مع أن أكلمها ليس بمعظم ظئمال (قوله أجيّب بأنه محمول على الترك اعتقادا الخ) أقول : فيه تأمل

ما هو ضد السهو لا التخير . والعثرة منسوخة ، وهي شاة تقام في رجب على ما قيل ، وإنما اختص الوجوب بالحرية لأنها وظيفة مالية لا تتأدى إلا بالملك . والمالك هو الحر . وبالإسلام لكونها قريبة . وبالإقامة لما بينا . واليسار لما روينا من اشتراط السعة ؛ ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم .

صلى الله عليه وسلم . من ترك سنتي لم تنله شفاعةي » وأجيب بأنه محمول على الترك اعتقاداً أو الترك أصلاً . فإن ترك السنة أصلاً حرام قد تجب المقاتلة به . لأن فيه ترك الأذان ولا مقاتلة في غير الحرام ، كلنا في العناية وغيرها . أقول : لقائل أن يقول : ذلك التأويل محتمل فيما نحن فيه من الحديث أيضاً بأن يكون المراد بقوله عليه الصلاة والسلام « ولم يضح » هو ترك التضحية اعتقاداً أو تركها أصلاً فلا يتم الاستدلال به على الوجوب كما لا يخفى . ثم قال في العناية : وعرض بقوله عليه الصلاة والسلام « كتبت على الأضيحة ولم تكب عليكم » وقوله عليه الصلاة والسلام « ضحوا فلئلا سنة أبيكم إبراهيم » وبأن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة . وأجيب عن الأول بأن المكتوبة الفرض . ونحن نقول بأنها غير فرض وإنما هي واجبة . وعن الثاني بأنه مشترك الإلزام ، فإن قوله « ضحوا » أمر وهو للوجوب ، وقوله « فلئلا سنة أبيكم » أي طريقته . فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين . وعن الثالث بأنهما كانا لا يضحيان في حالة الإعصار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين انتهى . أقول : في تقريره الجواب عن الثاني فإن القول بأنه مشترك الإلزام ليس بصحيح لأنه لما كان قوله ضحوا أمراً وكان الأمر للوجوب وجاز أن تحمل السنة في قوله « فلئلا سنة أبيكم » على الطريقة المسلوكة في الدين وهي نعم الواجب أيضاً تعين جانبنا ولم نشترك في الإلزام قط ، فالصواب في تقرير الجواب عن الثاني ما ذكره صاحب الكافي حيث قال : وقوله ضحوا دليلنا لأنه أمر فيفيد الوجوب ، وقوله « فلئلا سنة أبيكم » لا يبنى الوجوب لأن السنة هي الطريقة في الدين واجبة كانت أو غير واجبة انتهى . وأورد بعض الفضلاء على الجواب عن الأول حيث قال : فيه بحث ، فإنه روى الدارقطني بإسناده عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ثلاث كتبت على » وعن لكم تطوع » الحديث انتهى . أقول : المقصود من الجواب المذكور دفع معارضة الخصم بقوله عليه الصلاة والسلام « كتبت على الأضيحة ولم تكب عليكم » ولا شك في انتفاع تلك المعارضة بالجواب المذكور ، وما ذكره ذلك البعض من رواية الدارقطني لا يقدح في تمام ذلك الجواب بالنظر إلى ما هو المقصود منه . وإنما يكون ذلك معارضة أخرى لأصل المدعى ، ولعل جمهور الشراح إنما لم يتعرضوا للجواب عنه أصالة لكونه ضعيفاً غير صالح للمعارضة لما روينا ، لأن الدارقطني أخرجه عن جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً وجابر الجعفي ضعيف

من أراد من قصد التضحية التي هي واجبة . كقول من يقول من أراد الصلاة فليتوضأ . وقوله (والعثرة) جواب عما استشهدوا به . وقوله (على ما قيل) يشير إلى أن في تفسيرها اختلافاً ، وقد ذكرنا ما يوافق تفسير المصنف وذكر في الإيضاح أنها عبارة عما إذا ولدت الناقة أو الشاة وذبح أول ولدها فأكل وأطعم ، وهي منسوخة بالأضيحة . وعرض بقوله عليه الصلاة والسلام « كتبت على الأضيحة ولم تكب عليكم » وقوله عليه الصلاة والسلام « ضحوا فلئلا سنة أبيكم إبراهيم » وبأن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة . وأجيب عن الأول بأن المكتوبة الفرض . ونحن نقول بأنها غير فرض وإنما هي واجبة . وعن الثاني بأنه مشترك الإلزام ، فإن قوله « ضحوا » أمر وهو للوجوب . وقوله « فلئلا سنة أبيكم » أي طريقته . فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين . وعن الثالث بأنهما كانا لا يضحيان في حالة الإعصار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين . وقوله (وإنما اختص الوجوب بالحرية) بيان للشرط المذكورة في أول الباب . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها . وقوله (لما روينا)

(قوله وأجيب عن الأول بأن المكتوبة الفرض) أقول : فيه بحث ، فإنه روى الدارقطني بإسناده عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن النبي عليه الصلاة والسلام قال « ثلاث كتبت على وعن لكم تطوع » الحديث .

وبالوقت وهو يوم الأضحى لأنها مختصة به ، وسنين مقداره إن شاء الله تعالى . ويجب عن نفسه لأنه أصل في الوجوب عليه على ما بيناه ، وعن ولده الصغير لأنه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر . وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله . وروى عنه أنه لا يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية . بخلاف صدقة الفطر لأن السبب هناك رأس بمونه ويل عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قرينة محضة . والأصل في القرب أن لا يجب على الغير بسبب الغير ولعلنا لا نجب عن عبده وإن كان يجب عنه صدقة فطره ، وإن كان للصغير مال يضحى عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله . وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله : يضحى من مال نفسه لامن مال الصغير . فالخلاف في هذا كالتخلاف في صدقة الفطر . وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعا : لأن هذه القرينة تتأدى بالإرافة والصدقة بعدها تطوع . ولا يجوز ذلك من مال الصغير . ولا يمكنه أن يأكل كاه . والأصح أن يضحى من ماله ويأكل منه ما أمكنه ويتنازع بما بقي ما ينتفع بعينه . قال (ويذبح عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بقرة أو بدنة عن سبعة) والقياس أن لا تجوز إلا عن واحد . لأن الإرافة واحدة وهي القرينة . إلا أننا تركناه بالأثر وهو ما روى عن جابر رضي الله عنه أنه قال « أخرنا مع رسول الله صلى الله والسلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة » . ولا نص في الشاة ، فبقى على أصل القياس . وتجوز عن

كما ذكره أهل الحديث . وقال صاحب التنقيح : وروى من طرق أخرى وهو ضعيف على كل حال انتهى (قوله وبالوقت وهو يوم الأضحى لأنها مختصة به) أقول : هنا شاذة مصادرة . لأن قوله وبالوقت عطف على قوله بالحرية في قوله وإنما اختص الوجوب بالحرية فيصير المعنى : وإنما اختص وجوب الأضحية بالوقت الذي هو يوم الأضحى لأنها : أي الأضحية مختصة به : أي بذلك الوقت فيقول إلى تعليل الاختصاص بالاختصاص كما ترى . لا يقال : المذكور في العلة اختصاص الأضحية نفسها بذلك الوقت ، والمعتبر في المدعى اختصاص وجوب الأضحية فاللازم هنا تعليل اختصاص وجوب الأضحية بذلك الوقت باختصاص نفس الأضحية به ولا مصادرة فيه . لأننا نقول : لا معنى لاختصاص الأضحية بذلك الوقت سوى اختصاص وجوبها به إذ لا شك في إمكان عمل التضحية في جميع الأوقات فلا بد أن يكون المراد بقوله لأنها مختصة به أن وجوبها مختص به فيلزم المحذور المذكور ، وكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير عبارة المصنف فيما قبل فقال بدل قوله وإنما اختص الوجوب بالحرية النخ ، والتقييد بالحرية لأنها قرينة مالية مفتقرة إلى الملك والحر هو المالك ثم قال : والوقت لاختصاصها به فاللازم حينئذ تعليل التقييد بالوقت باختصاص الأضحية بذلك الوقت ولا مصادرة فيه . فإن قلت : يجوز أن يكون مراد المصنف بقوله وإنما اختص الوجوب بالحرية وإنما اختصه القنودرى في تحصره بالحرية على أن يكون كلمة اختص مبنيا لتفاعل الوجوب مقوله ويكون مراده هنا بقوله لأنها مختصة به أنها مختصة به في الشرع ، فاللازم تعليل تخصيص القنودرى وجوب الأضحية بالوقت باختصاص الأضحية في الشرع بذلك الوقت ولا مصادرة فيه . قلت : فحينئذ يصير معنى الكلام في هذا المقام بمنزلة النفر . فإن المقصود بيان الاختصاص الشرعي ، وتعليل ذلك الاختصاص كما فعله باختصاصه بالحرية والإسلام والإقامة وباليسار . وعلى المعنى

إشارة إلى قوله « من وجد سعة ولم يضح » الحديث . وقوله (سنين مقداره) أي مقدار الوقت . وقوله (لا يجب عن ولده) يعني سواء كان صغيرا أو كبيرا إذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية . وعليه الفتوى . وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنها تجب عليه . وقوله (والأصح أن يضحى من ماله) أي من مال الصغير (ويأكل) أي الصغير من الأضحية التي هي من ماله ما أمكنه ويتنازع بما بقي ما ينتفع بعينه) كالغريال والمنخل كما في الجلد وهو اختيار شيخ الإسلام : وهكذا روى ابن جماعة عن محمد رحمه الله . وقيل ذلك يصح في جلد الأضحية من غير خلاف أحد ، وأما في لحمها فليس له إلا أن يطعم أو يأكل . قال (ويذبح عن كل واحد منهم شاة) كلامه واضح .

سنة أو خمسة أو ثلاثة ، ذكره محمد رحمه الله في الأصل ، لأنه لما جاز عن السبعة فعمن دونهم أولى ، ولا تجوز عن ثمانية أخذاً بالقياس فيها لانص فيه وكلنا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع ، ولا تجوز عن الكل لانعدام وصف القرية في البعض . وسنبيته إن شاء الله تعالى . وقال مالك : تجوز عن أهل بيت واحد وإن كانوا أكثر من سبعة ، ولا تجوز عن أهل بيتين وإن كانوا أقل منها لقوله عليه الصلاة والسلام « على كل أهل بيت في كل عام أضحية وعتيقة قلنا : المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت لأن البسار له يؤيده ما يروى « على كل مسلم في كل عام أضحية وعتيقة » ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الأصح ، لأنه لما جاز ثلاثة الأسباع جاز نصف السبع تبعاً ، وإذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لأنه موزون ، ولو اقتسموا جزافاً لا يجوز إلا إذا كان معه شيء من الأكارع والجلد اعتباراً بالبيع . قال (ولو اشترى بقرة يريد أن يضحى بها عن نفسه ثم اشترك فيها ستة معه جاز استحساناً) وفي القياس لا يجوز ، وهو قول زفر لأنه أعدّها للقرية فيمنع عن بيعها تحملاً والاشترائك هذه صفة . وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة مميّنة يشترها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع ، وإنما يطلبهم بعده فكانت الحاجة إليه ماسة فجوزناه دفعاً للحرج ، وقد أمكن لأن بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع ، والأحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف ، وعن صورة الرجوع في القرية . وعن أبي حنيفة أنه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا . قال (وليس على الفقير والمسافر أضحية) لما بينا ، وأبو بكر وعمر كانا لا يضحيان إذا كانا مسافرين ، وعن عليّ : ليس على المسافر جمعة ولا أضحية . قال (ووقت الأضحية يدخل بطول العجر من يوم النحر ، إلا أنه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح حتى يصل الإمام العيد ، فأما أهل السواد فيذبحون بعد العجر . والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام

المذكور يلزم أن يكون المين والمعلل هنا مجرد تخصيص القلوري وجوبها بالوقت بدون أن يبين ويعلم اختصاصه الشرعي بذلك الوقت بشيء أصلاً ، ولا يثنى ما فيه (قوله وقت الأضحية يدخل بطول العجر من يوم النحر . إلا أنه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح حتى يصل الإمام العيد) قال صاحب النهاية : وهذه العبارة تشير إلى ما ذكره في الميسوط بقوله ومن ضحى قبل الصلاة في المصر لا يميز به لعدم الشرط لا لعدم الوقت . أقول : في هذا إشكال . لأن الحديثين الذين ذكرهما للمصنف فيما بعد وجعلهما الأصل في هذه المسئلة وكذا سائر الأحاديث الواردة في بيان وقت جواز التضحية لا يدل شيء منها على دخول وقت الأضحية بطول العجر من يوم النحر في حق أهل الأمصار . بل يدل ظاهر كل منها على أن أول وقتها في حق من عليه الصلاة بعد الصلاة فمن أين أخذ دخوله وقتها بطول العجر من يوم النحر في حق أهل الأمصار أيضاً . وعلى تقدير أن يتحقق المختل لذلك فلا إشكال

قوله (وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع لا يجوز) كما إذا مات وترك امرأة وابناً وبقرة فضحياها يوم العيد لم يميز ، لأن نصيب المرأة أقل من السبع فلم يميز نصيبها ولا نصيب الابن أيضاً . وقوله (يجوز في الأصح) احتراز عن قول بعض المشايخ رحيم الله إنه لا يجوز لأن لكل واحد منهما ثلاثة أسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز في الأضحية ، وإذا لم يميز البعض لم يميز الباقي . وجه الأصح ما ذكره في الكتاب وبه أخذ الفقيه أبو الليث والصدور الشهيد رحمهما الله . وقوله (إلا إذا كان معه شيء من الأكارع والجلد) بأن يكون مع أحدهما بعض اللحم مع الأكارع ومع الآخر البعض مع الجلد صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس . وقوله (اعتباراً بالبيع) لأن في القسمة معنى التملك فلم يميز مجازة عند وجود القدر والجنس . وقوله (وقد أمكن) يعني دفع الحرج لأن بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع ، ولهذا لو اشترى أضحية ثم باعها واشترى مثله لم يكن بأس . (وقوله لما بينا) أراد به قوله لأنه أعدّها للقرية فيمنع عن بيعها إلى آخره .

(قوله ولما لو اشترى أضحية ثم باعها واشترى مثلاً لم يكن به بأس) أقول : فيه بحث .

من ذبح شاة قبل الصلاة فليعد ذبيحته ، ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين ، وقال عليه الصلاة والسلام : إن أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الأضحية ، غير أن هذا الشرط في حق من عليه الصلاة وهو المصري دون أهل السواد . لأن التأخير لاحتمال التشاغل به عن الصلاة . ولا معنى للتأخير في حق القروي ولا صلاة عليه . وما روينا حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في نفيهما الجواز بعد الصلاة قبل نحر الإمام . ثم المعتبر في ذلك مكان الأضحية . حتى لو كانت في السواد والمضحي في مصر يجوز كما انشق الفجر ، ولو كان على العكس لا يجوز إلا بعد الصلاة . وحيلة المصري إذا أراد التعجيل أن يبيت بها إلى خارج مصر فيضحي بها كما طلع الفجر . لأنها تشبه الزكاة من حيث أنها تسقط بهلاك المال قبل هضم أيام النحر كالزكاة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لامكان الفاعل اعتبارا بها . بخلاف صدقة الفطر لأنها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع النحر من يوم الفطر ، ولو ضحي بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا لأنها صلاة معتبرة . حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم وكذا على عكسه . وقيل هو جائز قياسا واستحسانا .

باق ، لأنه إذ لم تتأد الأضحية بالذبيح بعد طلوع الفجر من يوم النحر قبل الصلاة في حق أهل الأمصار بل لم يمكن أدائها قبل الصلاة في حقهم لعدم تحقق الشرط فما معنى جعل ذلك الوقت قبل الصلاة من يوم النحر وقتا للأضحية في حق أهل الأمصار أيضا ، وما غرر ذلك ؟ والظاهر أن غرره كون وقت ما وقت الواجب صحة أدائه ذلك الواجب في ذلك الوقت ولا أقل من إمكان أدائه فيه فتمثل . ثم إن صاحب الوقاية قال في تحرير هذه المسئلة : وأول وقتها بعد الصلاة إن ذبح في مصر . بعد طلوع فجر يوم النحر إن ذبح في غيره . وآخره قبيل غروب اليوم الثالث انتهى . ورد عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال في منته : وأول وقتها بعد طلوع فجر يوم النحر ، وآخره قبيل غروب اليوم الثالث . وشرط تقديم الصلاة عليها إن ذبح في مصر . وإن ذبح في غيره لا . وقال فيما نقل عنه في الحاشية : هذا من المواضع التي أخطأ فيها تاج الشريعة حيث زعم أن أول وقتها يختلف بنسب مكان الفحل ولم يثبت له تاج الشريعة . انتهى كلامه . أقول : لا خطأ في كلام تاج الشريعة أصلا . فإن مراده بقوله وأول وقتها أول وقت أدائها لا أول وقت وجوبها . ولا شك أنه إذا كان تقديم الصلاة عليه شرطا في حق أهل الأمصار كان أول وقت أدائها في حقهم بعد الصلاة . وإن كان أول وقت وجوبها بعد طلوع الفجر من يوم النحر ويؤيده جدا عبارة الإمام قاضيخان في فتاواه حيث قال : ووقت الأداء لمن كان في مصر بعد فراغ الإمام عن صلاة العيد انتهى (قوله ولو ضحي بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا لأنه صلته معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم) قال الشراح : قوله أجزأه استحسانا يشير إلى أنه لا يجوز قياسا ، وذلك لأن اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز ذلك . فإنه قبل الصلاة من وجه وبعد الصلاة من وجه فوقع الشك ، وفي العبادات يؤخذ بالاحتياط . ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب انتهى . أقول : هنا بحث . وهو أن ما ذكره في الكتاب من وجه الاستحسان لا يدفع وجه القياس الذي ذكره . لأن كون صلاة أهل المسجد صلاة معتبرة لا ينافي كون صلاة أهل الجبانة أيضا صلاة معتبرة . كيف وقول المصنف وكذا على هذا عكسه مريب في أن

وقوله (وما روينا حجة على مالك والشافعي رحمهما الله) إشارة إلى قوله (ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين) فإنه بإطلاقه يتناول ما قبل نحر الإمام وما بعده . وقوله (ولو ضحي بعد ما صلى أهل المسجد) معناه أن يخرج الإمام بالناس إلى الجبانة ويستخلف من يصل بالصفة في الجامع هكذا فعله علي رضي الله عنه حين قدم الكوفة . وقوله (أجزأه استحسانا) يشير إلى أنه لا يجوز قياسا . لأن اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز . وفي العبادات يؤخذ بالاحتياط . ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب . وقوله (وقيل هو جائز) أي العكس جائز قياسا واستحسانا . والفرق أن المستوفى في العهد هو

قال (وهى جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) وقال الشافعى : ثلاثة أيام بعده لقوله عليه الصلاة والسلام « أيام التشريق كلها أيام ذبح ولنا ما روى عن عمر وعلى وابن عباس رضى الله عنهم أنهم قالوا : أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وقد قالوه سماعا لأن الرأى لا يبتدى إلى المقادير ، وفي الأخبار تعارض فأخذنا بالمتيقن وهو الأقل ، وأفضلها أولها كما قالوا ولأن فيه مسارعة إلى أداء القرية وهو الأصل إلا لمعارض . ويجوز الذبح في لياليها إلا أنه يكره لأحبال الغلط في ظلمة الليل . وأيام النحر ثلاثة . وأيام التشريق ثلاثة ، والكل يعضى بأربعة أولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير ، والمتوسطان نحر وتشريق ، والتضحية فيها أفضل من التصديق بضمن الأضحية لأنها تنفع وإجابة أوسنة ، والتصديق تطوع محض ففضل عليه ، ولأنها تقوت بفوات وقتها ، والصدقة يؤتى بها في الأوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلاة في حق الآفاقى (ولولم يضح حتى مضت أيام النحر إن كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشترى الأضحية تصديق بها حية وإن كان غنيا تصديق بقيمة

صلاة أهل الجبانة أيضا صلاة معتبرة وإلا لم يميز العكس ، فإذا كانت كلتا الصلاتين معتبرة وقع الشك في جواز التضحية بعد إحدى الصلاتين قبل الأخرى واقتضى الأخذ بالاحتياط في العبادات عدم جوازها ، فلم يتم وجه الاستحسان الذى ذكره في الكتاب في مقابلة وجه القياس الذى ذكره فكيف يترك به القياس كما هو مقتضى جواب مسئة الكتاب (قوله وهى جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) أقول : لقاتل أن يقول : إن قوله ويومان بعده يشعر بأنهما ليسا من أيام النحر لأن معناه ويومان بعد يوم النحر . والظاهر أن ما كان بعد يوم النحر ليس يوم النحر ، وقد قال قبل بعد أيام النحر ثلاثة . والجواب أن المراد بقوله يوم النحر هو يوم النحر المحض ، واليومان اللذان بعده ليسا بنحر محض وإنما هما نحر وتشريق كما سيأتى في الكتاب ، والتحقيق أن يوم النحر بالإفراد صار بمنزلة العلم لليوم الأول من أيام النحر وهو يوم العيد ، وأما أيام النحر بالجمع فيتناول يوم العيد واليومين اللذين بعده على السوية ، فلا تدافع بين الكلامين في المقامين تبصر ترشد (قوله ولولم يضح حتى مضت أيام النحر ، إن كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشترى الأضحية تصديق بها حية) قال في معراج الدراية : قيد الإيجاب

الخروج إلى الجبانة ، وأهل الجبانة هم الأصل وقد صاروا فيجوز قياسا واستحسانا. قال (وهى جائزة في ثلاثة أيام الخ) كلامه واضح . قوله (ويجوز الذبح في لياليها) أى في ليالى أيام النحر المراد بها الليلتان المتوسطتان لا غير فلا تدخل الليلة الأولى وهى ليلة العاشر من ذى الحجة ولا ليلة الرابع عشر من يوم النحر ، لأن وقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر على ما ذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر ، ويقوت بغروب الشمس من اليوم الثانى عشر ، فلا يجوز في ليلة النحر البتة لوقوعها قبل وقتها ولا في ليلة التشريق المحض لخروجه ، وإنما جازت في الليل لأن الليالى تبع للأيام ، وأما الكراهة فلما ذكره في الكتاب . وقوله (والتضحية فيها) أى في أيام النحر (أفضل من التصديق بضمن الأضحية) أما في حق الموسر فلا تخاف تنفع وإجابة في ظاهر الرواية أو سنة في أحد قولى أبى يوسف رحمه الله ، والتصديق بالتمتع تطوع محض ، ولا شك في أفضلية الواجب أو السنة على التطوع ، وأما في حق المعسر فلا أن جمعا بين التعرب بإدائة الدم ، والتصديق والإدائة قرينة تقوت بفوات هذه الأيام ، ولا شك أن إجماع بين القريتين أفضل ، وهذا الدليل يشمل النحر والفقير . وتشبيه بالصلاة والطواف ظاهر ، فإن الطواف في حق الآفاقى لقواته أفضل من صلاة التطوع التى لا تقوت ، بخلاف المكى فإن الصلاة في حقه أفضل (ولولم يضح حتى مضت أيام النحر . إن كان أوجب على نفسه) بأن عين شاة فقال : قد على أن أضحي بهذه الشاة سواء كان الموجب فقيرا أو غنيا (أو كان) للمضحى (فقيرا) وقد اشترى شاة بنية الأضحية تصديق بها حية وإن كان (من لم يضح) غنيا (ولم يوجب على نفسه شاة بعينها) تصديق بقيمة

(قوله ولا شك أن الجمع بين القريتين) أقول : لا يوافق المشرح ، إذ لا تعرض فيه للجمع بين القريتين فإنه يصلح دليلا مستقلا من غير اعتبار نواته بفوات الأيام . ثم لا يستقيم تشبيه بالطواف . كما لا يخفى .

شاة اشترى أو لم يشتر) لأنها واجبة على الغنى . وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا . فإذا فات الوقت وجب عليه التصديق إخراجا له عن العهدة ، كالجعة تقضى بعد فواتها ظهرا . والصوم بعد العجز فدية . قال (ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي إلى المسك ولا المعجزة) لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا تجزئ في الضحايا أربعة : العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها . والمعجزة التي لا تمشي » قال (ولا تجزئ مقطوعة الأذن والذنب . أما الأذن فلقوله عليه الصلاة والسلام « استشرفوا العين والأذن » أن اطلبوا سلامتها . وأما الذنب فلأنه عضو كامل مقصود فصار كالأذن . قال (ولا التي ذهب أكثر أذنها وذنبها . وإن بقي أكثر الأذن والذنب جاز) لأن للأكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولأن العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل

على نفسه غير مفيد ، لأنه لو كان واجبا بدون الإتيان على نفسه فالحكم كذلك انتهى . أقول : ليس ذلك بديد . لأن الحكم هنا هو التصديق بها حية ، وليس الحكم كذلك فيا لو كان واجبا بدون الإتيان على نفسه . فإن الحكم هناك هو التصديق بقيمتها لا التصديق بعينها حية كما أفصح عنه المصنف بقوله (وإن كان غنيا تصديق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر) (قوله فإذا فات الوقت وجب عليه التصديق إخراجا له عن العهدة ، كالجعة تقضى بعد فواتها ظهرا ، والصوم بعد العجز فدية) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل : فإذا فات وقت التقرب بالإراقة والحق مستحق وجب التصديق بالعين أو القيمة إخراجا له عن العهدة كالجعة تقضى بعد فواتها ظهرا ، والصوم بعد العجز فدية ، والجامع بينهما من حيث أن قضاء ما وجب عليه في الأداء ينسج خلاف جنس الأداء انتهى . ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله وجب التصديق بالعين لا يلائم الاعتبار بالجعة والصوم . وهراد المصنف التصديق بالقيمة لغنى الغير الموجب كما لا يخفى انتهى . أقول : ذلك ساقط إذ لا نسلم أنه لا يلائم الاعتبار بالجعة والصوم ، لأن الاعتبار بهما من حيث أن القضاء بغير المثل كما نبه عليه صاحب العناية بقوله والجامع بينهما من حيث أن قضاء ما وجب عليه في الأداء ينسج خلاف جنس الأداء . ولا يذهب على ذى فطنة أن هذا المعنى متحقق في التصديق بالعين أيضا . لأن الواجب عليه في الأداء إراقة الدم ، والتصديق ليس من جنس الإراقة سواء كان بالقيمة أو بالعين . ثم إن كون مراد المصنف بالتصديق في قوله فإذا فات الوقت وجب عليه التصديق هو التصديق بالقيمة لغنى الغير الموجب وحده كما زعمه ذلك البعض مما لا يناسب شأن المصنف جدا ، إذ يلزم حينئذ أن يترك بيان وجه المسئلة فيها إذا كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشترأها بنية الأضحية فيكون ذلك تقصيرا منه في إفادة حق المقام بلا ضرورة . سوحاشى له من ذلك . فالحق أن مراده بالتصديق المذكور ما يميم التصديق بالعين وبالقيمة كما أشار إليه صاحب العناية بقوله وجب التصديق بالعين أو القيمة (قوله ولا يضحى بالعمياء والعوراء الخ) قال صاحب النهاية : لما ذكر ما يجوز به الأضحية شرع في بيان ما لا يجوز به الأضحية انتهى .

اشترى أو لم يشتر لأنها واجبة على الغنى) حينها أو لم يعينها (وعلى الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فإذا فات وقت التقرب بالإراقة) والحق مستحق (وجب التصديق) بالعين أو القيمة (إخراجا له عن العهدة . كالجعة تقضى بعد فواتها ظهرا ، والصوم بعد العجز فدية) والجامع بينهما من حيث أن قضاء ما وجب عليه في الأداء ينسج خلاف جنس الأداء . قال (ولا يضحى بالعمياء والعوراء) هنا بيان ما لا يجوز التضحية به . والأصل فيه أن العيب القالحش مانع واليسير غير مانع . لأن الحيوان قلما ينجو عن يسير العيب ، واليسير مالا أثر له في لحمها ، وللعور أثر في ذلك لأنه لا يصير بعين واحدة من العلف ما يصير بعينين ، وقلة العلف تورث الخزال ، والحديث المذكور دال على ذلك . والعرجاء البين عرجها : هي مالا يمكنها المشي برجلها العرجاء ،

(قوله وجب التصديق بالعين) أقول : لا يلائم الاعتبار بالجعة والصوم ، ومراد المصنف بالتصديق بالقيمة لغنى الغير الموجب كما لا يخفى (قوله والحديث المذكور دال على ذلك) أقول : أشار بذلك إلى قوله والأصل فيه أن العيب القالحش مانع الخ .

عفوا . واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الأكثر . ففي الجامع الصغير عنه : وإن قطع من الذنب أو الأذن أو العين أو الإلية الثلث أو أقل أجزاءه ، وإن كان أكثر لم يجزه لأن الثلث تنفذ فيه الوصية من غير ؛ فذا الورثة فاعتبر قليلا . وفيما زاد لا تنفذ إلا برضاهم فاعتبر كثيرا . ويروى عنه الربع لأنه يحكى حكاية النحال على «امرء في الصلاة . ويروى الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث الوصية « الثلث والثلث كثير » وقال أبو يوسف ومحمد : إذا بقي الأكثر من النصف أجزاء اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلاة وهو اختيار الفقيه أبي الليث . وقال أبو يوسف : أخبرت بقول أبي حنيفة . فقال قول هو قولك . قيل هو رجوع منه إلى قول أبي يوسف ، وقيل معناه قول قريب من قولك . وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن أبي يوسف ، ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر . وفي العين قالوا : تشد العين المعنية بعد أن لا تتلف الشاة يوما أو يومين ثم يقرب العلف إليها قليلا قليلا ، فإذا رآته من موضع أعلم على ذلك المكان ثم تشد عنها الصحيحة وتقرب إليها العلف قليلا قليلا حتى إذا رآته من مكان أعلم عليه ، ثم ينظر إلى تفاوت ما بينهما ، فإن كان ثلثا فالذهب الثلث ، وإن كان نصفا فالنصف . قال (ويحوز أن يضحي بالجماء) وهي التي لا قرن لها ، لأن القرن لا يتعلق به مقصود ، وكذا مكسورة القرن لما قلنا (والخصي) لأن لحمها أطيب وقد صرح « أن النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكيشين أملحين موجودين » (والثولاء) وهي المجنونة ، وقيل هذا إذا كانت تتلف لأنه لا يخل بالمقصود . أما إذا كانت لا تتلف فلا تجزئه . والجرباء إن كانت سمينة جاز لأن الجرب في الجسد ولا نقصان في اللحم . وإن كانت مهزولة لا يجوز لأن الجرب في اللحم فانتقص . وأما الهناء وهي التي لا أسنان لها ؛ فمن أبي يوسف أنه يعتبر في الأسنان الكثرة والقللة . وعنه إن بقي ما يمكنه الاعتلاف به أجزاءه لحصول المقصود . والسكاء وهي التي لا أذن لها خلقه

أقول : هذا ليس بسديد ، إذ لا يذهب عليك أنه لم يذكر فيها قبل ما يجوز به الأضحية ، وإنما يذكره فيها بعد بقوله ويجوز أن يضحي بالجماء ، والخصي والثولاء إلى آخره . والذي ذكره فيها قبل إنما هو صفة الأضحية من الوجوب أو السنية وشرائطها من الحرية والإسلام ونحوها ، ومن وجبت عليه الأضحية وعدد من ينبع عنه كل من الشاة والبقرة والبدنة وأول وقت الأضحية وعدد أيامها وما يتعلق بكل واحد من هاتيك الأمور من القروص والأحكام كما حققه من قبل ، ولعل صاحب العناية تداركه حيث قال في شرح هذا المقام : هذا بيان مالا يجوز التضحية به ، ولم يتعرض لذكر ما يجوز التضحية به (قوله واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الأكثر النخ) أقول : تطبيق هذه الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله على عبارة مسئلة الكتاب مشكل ، لأن عبارتها أكثر أذنها وذنبها بصيغة التفضيل والإضافة إلى الأذن والذنب ، وهي تقتضي أن يكون الجزء الباقي منهما أقل ، وهذا

وإنما تمشى بثلاث قوائم حتى لو كانت تضع الرابعة على الأرض وتستعين بها جاز . والعجفاء : التي لاتنقى : هي التي ليس لها نقي : أي مخ من شدة العجف ، وبقية كلامه واضح . قوله (وقيل معناه قول قريب من قولك) أي قول الأول وهو أن الأكثر من الثلث مانع لا ما دونه أقرب إلى قولك الذي هو أن الأكثر من النصف إذا بقي أجزاء بالنسبة إلى قول من يقول إن الربع أو الثلث مانع . وفي كون النصف مانعا عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان ، وقد تقدم وجه ذلك في الكشف العضو في أول الكتاب . وقوله (لأن القرن لا يتعلق به مقصود) ألا ترى أن التضحية بالإبل جائزة ولا قرن له ، والكيش الأملح مافيه ملحة ، وهي يياض

(قال المصنف : وإن قطع من الذنب أو الأذن أو العين) أقول : (إطلاق القطع بالعين لعله بطريق التعليل) قال المصنف : فاعتبر كثيرا) أقول : الذي يعطى له حكم الكل هو الأكثر لا الكثير فلا يتم التحريم .

لا تجوز ، لأن مقطوع أكثر الأذن إذا كان لا يجوز فعديم الأذن أولى (وهذا) الذى ذكرنا (إذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء . ولو اشتراها سليمة ثم تعبت ببيع مانع إن كان غنيا عليه غيرها . وإن فقيرا تجزئه هذه) لأن الوجوب على الغنى بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تعين به . وعلى الفقير بشرائه بنية الأضحية فتعين ، ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما فى نصاب الزكاة . وعن هذا الأصل قالوا : إذا مات المشتراة للتضحية على الموسر مكانها أخرى ولا شيء على الفقير . ولو ضأت أو سرق فتشترى أخرى ثم ظهرت الأولى فى أيام النحر على الموسر ذبيح إحداهما وعلى الفقير ذبيحهما (ولو أضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبيحها أجزأه استحسانا) عندنا خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله : لأن حالة الذبيح وقدماته ماحقة بالذبيح فكانه حصل به اعتيارا وحكما (وكذا لو تعبت فى هذه الحالة فانفلتت ثم أخذت من فورهِ . وكذا بعد فورهِ عند محمد خلافا لأبى يوسف) لأنه حصل بمقتلعات الذبيح . قال (والأضحية من الإبل والبقر والغنم)

غير متحقق فى شيء من هذه الروايات عنه . أما فى رواية الربيع ورواية الثالث فظاهر ، إذ لا شك أن الربيع ليس بأكثر من ثلاثة أرباع ولا الثالث بأكثر من الثلثين . وأما فى رواية الأكثر من الثلث فلأن الأكثر من الثلث إذ لم يتجاوز النصف لم يصر أكثر الكل ، وفى رواية الأكثر من الثلث عنه لم يشترط تجاوز النصف ولا الوصول إلى النصف . بل اعتبر الزيادة على الثلث فى الجملة فلم يلزم فى عدم الإجزاء على هذه الرواية أيضا ذهاب أكثر الأذن والذنب . فكيف يربط قوله واختلفت الرواية عن أبى حنيفة فى مقدار الأكثر بما قبله من مسألة الكتاب . فإن قلت : ليس المراد بالأكثر فى عبارة مسألة الكتاب معنى التفضيل . بل هو بمعنى الكثير كما يرشد إليه قول المصنف فى بيان وجه رواية الأكثر من الثلث : وفيها زاد لانتفلا لإبراهيم فاعتبر كثيرا . وقوله فى بيان وجه رواية الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث الوصية « الثلث والثلث كثير » ثم ليس المراد بالكثير أيضا الكثير بالإضافة إلى الجزء الباقى وإلا يعود المخلور ، بل المراد به الكثير فى نفسه . والإضافة إلى الأذن والذنب لغير بيان محل

يشويه شعيرات سود . والوجه نوع من الخصاء . وهو أن ترضى العروق من غير إخراج الخصيتين . وقوله (فتعنت) يعنى هذه النشأة المشتراة للأضحية . وقوله (كما فى نصاب الزكاة) فإنه إذا قص بعد ما وجبت الزكاة فيه يستقط بقدره ولا يضمه رب المال لأن النقصان لم يكن بفعله . والجاعل بينهما أن محل الوجوب فيما جاعل المال لا النعمة . فإذا هلك المال سقط الوجوب (وعن هذا الأصل) يعنى كون الوجوب على الغنى بالشرع لا بالشراء وعلى الفقير بالعكس . وقوله (وعلى الفقير ذبيحها) لأن الوجوب عليه بالشراء وقد تعدد . وهذا الذى ذكره من الأصل يوافق ما ذكره شيخ الإسلام رحمه الله أن المشتري إذا كان موسرا لا نصير واجبة بالشراء بنية الأضحية باتفاق الروايات . وإن كان معسرا فى ظاهر الرواية عن أصحابنا رحمه الله يجب . وروى الزعفرانى عن أصحابنا أنها لا تجب وهو رواية النواذر . وقوله (فانكسرت رجلها) من باب ذكر الخاص وإرادة العام : فإنه إذا أصابها مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الإضجاع فالذبيح كان الحكم كذلك . وإنما قيد الإجزاء بالاستحسان لأن وجه القياس بخلافه ، لأن تأدى الواجب بالتضحية بالإضجاع وهى معية عندها فصار كما لو كانت كذلك قبله . وقوله (لأنه حصل بمقتلعات الذبيح) دليل محمد . ودليل أبى يوسف رحمهما الله أن الثور لما انقطع خرج الفعل الذى تعينت به من أن يكون سببا من أسباب هذا الذبيح الذى وجد بعد الثور فصار بمنزلة ما حصل بفعل آخر . قال (والأضحية من الإبل والبقر الخ) كلامه واضح ، وفيد بقوله فى مذهب الفقهاء لأن عند أهل اللغة الخنزع من الشياخ ماتت لها سنة . كنا فى النهاية . وقوله لأنها هى الأصل فى التبعية لأنه جزؤها ولها يتبعها فى الرق والحرية . وهذا لأن المنفصل من الفعل هو الماء . وأنه غير محل لهذا الحكم ،

(قوله من باب ذكر الخامس وإرادة العام فإنه الخ) أقول : بنية أنه لادلالة فيما ذكره على ما ادعاه . لأنه يعلم حكم مائر العيوب المانعة بطريق المقابلة .

لأنها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عليه الصلاة والسلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم . قال (ويجزئ من ذلك كله الثني فصاعدا ، إلا الضأن فإن الجذع منه يجزئ) لقوله عليه الصلاة والسلام « نسحوا بالثنيتين إلا أن يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن » وقال عليه الصلاة والسلام « نمت الأضحية الجذع من الضأن » قالوا : وهذا إذا كانت عظيمة بحيث لو خطط بالثنيتين يشبهه على الناظر من بعيد . والجذع من الضأن ماتمت له ستة أشهر في مذهب الفقهاء . وذكر الزعفراني أنه ابن سبعة أشهر . والثني منها ومن المعزسة ، ومن البقرتين سنتين ، ومن الإبل ابن خمس سنين . ويدخل في البقر الجاموس لأنه من جنسه . والمولود بين الأهلي والوحشي يتبع الأم لأنها هي الأصل في التبعية ، حتى إذا نزا النثب على الشاة يشحى بالولد . قال (وإذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فأت أحدهم قبل النحر وقالت الورثة ادبوها عنه وعنكم أجر أحم . وإن كان شريك الستة نصرانيا أو رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم) ووجهه أن البقرة تجوز عن سبعة . لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القرية وإن اختلفت جهاتها كأضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القرية ، وقد وجد هذا الشرط في الوجه الأول لأن التضحية عن الغير عرفت قرية ؛ ألا ترى أن النبي عليه الصلاة والسلام ضحى عن أمته على ما روينا من قبل ، ولم يوجد في الوجه الثاني لأن النصراني ليس من أهلها ، وكذا قصد اللحم ينافيها . وإذا لم يقع البعض قرية والإراقة لا تجزأ في حق القرية لم يقع الكل أيضا فامتنع الجواز ، وهذا الذي ذكره استحسان . والقياس أن لا يجوز وهو رواية عن أبي يوسف ، لأنه تبرع بالإتلاف فلا يجوز عن غيره كالإعتاق عن الميت ، لكننا نقول : القرية قد تقع عن الميت كالنصدق ، بخلاف الإعتاق لأن فيه إلزام الولاء على الميت (فلو ذبحوها عن صغير في الورثة أو أم ولد جاز) لما بينا أنه قرية (ولومات واحد منهم فليذبحها الباقيون بغير إذن الورثة لا تجزئهم) لأنه لم يقع بعضها قرية ، وفيما تقدم وجد الإذن من الورثة فكان قرية . قال (ويأكل من لحم الأضحية ويطعم الأغنياء والفقراء ويدخر) لقوله عليه الصلاة والسلام « كنت نهيتكم عن أكل لحوم الأضحية فكلوا

الكثرة ، فحينئذ يمكن تطبيق كل من الروايات المذكورة على عبارة مسألة الكتاب . قلت : شرط استعمال صيغة التفضيل مجردة عن معنى التفضيل أن تكون عارية عن اللام والإنساق ومن كما تقرر في موضعه . وفي عبارة مسألة الكتاب وقعت إضافة فلا يصح تبريدها عن معنى التفضيل على قاعدة العربية ، ولئن أعرضنا عن ذلك لايصح تعليل المصنف تلك المسئلة بقوله لأن للأكثر حكم الكل بقاء وذاهبا على تقدير أن يحمل الأكثر على الكثير المطلق ، إذ لو كان للكثير مطلقا حكم الكل بقاء وذاهبا لزم أن يعتبر الأذن والذنب باقيا وذاهبا في حالة واحدة ، فيما إذا كان كل واحد من الباقي والذاهب منهما كثيرا في نفسه ،

والمنفصل من الأم هو الحيوان وهو محل له فاعتبر بها قوله (لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القرية) لأن النص ورد على خلاف القياس في ذلك . فإن قيل : النص ورد في الأضحية فكيف يجوز مع اختلاف جهات القرب كأضحية والقران والمتعة ؟ قلنا : اعتمد على ذلك زعم ولم يجوز عند اختلافها . لكننا نقول : إذا كانت الجهات قريبا اتحد منها ما من حيث كونها قرية فجاز الإلحاق ؛ بخلاف ما إذا كان بعضها غير قرية فإنه ليس في منهاها : وإذا بطل في ذلك بطل في الباقي لعدم التجزئ . وقوله (لما بينا أنه قرية) يشير إلى وجه الاستحسان . وفي القياس لا يجوز لأن الإراقة لا تجزأ . وبعض الإراقة وقع تفلا أولهما قصار الكل كذلك ، ولم يعكس لأن الواجب قد يقبل تطوعا بخلاف العكس والإراقة قد تصير لحم مع نية القرية إذا لم تصادف عملها أو كانت في غير وقت الأضحية ، والإراقة للحوم لا تصير قرية بحال . قال (ويأكل من لحم الأضحية الخ) الأضحية إما أن

منها وادخروا - ومنى جاز أكله وهو غنيّ جاز أن يؤكله غنيا . قال (ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث) لأن الجهات ثلاثة : الأكل والادخار لما روينا ، والإطعام لقوله تعالى « وأطعموا القانع والمحرّر » فانقسم عليها أثلاثا . قال (ويتصدق بجلدها) لأنه جزء منها (أو يعمل منه آلة تستعمل في البيت) كالنظف والجواب والغريال ونحوها ، لأن الانتفاع به غير محرم (ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقاءه) استحسانا ، وذلك مثل ما ذكرنا لأن للبدل حكم المبدل ، ولا يشتري به إلا ما ينتفع به إلا بعد استهلاكه كالخلّ والأبازير) اعتبارا بالبيع بالدراهم . والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التقول ، والاهم بمنزلة الجلد في الصحيح ، فلو باع الجلد أو اللحم بالدراهم أو بما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه تصدق بثمانه . لأن القرية انتقلت إلى بدله ، وقوله عليه الصلاة والسلام « من باع جلد أضحجه فلا أضحجه له » يفيد كراهة البيع ، البيع جائز لقيام الملك والتدرة على التسليم . قال (ولا يعطى أجرة الجزار من الأضحية) لقوله عليه الصلاة والسلام لعليّ رضي الله عنه « تصدق بجلدها وخطامها ولا تعط أجزالها » والثبوت عنه نهي عن البيع أيضا لأنه في معنى البيع . قال (ويكره أن يجرّ صوف أضحجه) وينتفع به قبل أن يذبحها (لأنه التزم إقامته القرية بجميع أجزائها) بخلاف ما بعد الذبح لأنه أقيمت القرية بها كما في الهدى . ويكره أن يغسل فيها فينتفع به كما في الصوف . قال (والأفضل أن يذبح أضحجته بيده إن كان يحسن الذبح) وإن كان لا يحسنه فالأفضل أن يستعين بغيره . وإذا استعان بغيره ينبغي أن يشهد بها بنفسه لقوله عليه الصلاة والسلام إقامته رضي الله عنها « قومي فاشهدى أضحجتك » فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب « قال (ويكره أن

كما إذا ذهب ربهما أو لثما أو أكثر من لثما في الحملة على ما وقع في الروايات المذكورة فيلزم جمع الحكيم المتضادين تأمل) توقف (قوله ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث لأن الجهات ثلاثة : الأكل والادخار لما روينا ، والإطعام لقوله تعالى « وأطعموا القانع والمحرّر » فانقسم عليها أثلاثا) أقول : لقائل أن يقول : الأمر المطلق لا وجوب عند أكثر العلماء كما تقرّر في علم الأصول ، فالظاهر من قوله تعالى « وأطعموا القانع والمحرّر » وجوب الإطعام ، والمدعى استحبابه فليتأمل في الجواب (قوله ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقاءه استحسانا ، وذلك مثل ما ذكرنا لأن للبدل حكم المبدل) أقول : لقائل أن يقول : إنه تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « من باع جلد أضحجه فلا أضحجه له » فإنه يتناول بإطلاقه بيع الجلد بما ينتفع بعينه مع بقاءه أيضا ، والتعليل في مقابلة النص غير مقبول على ما تقرّر في أصول الفقه فليتأمل في الدفع (قوله ولا يشتري به ما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه كالخلّ والأبازير اعتبارا بالبيع بالدراهم . والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التقول) أقول : فيه بحث . أما أولا فلا اعتبار ذلك بالبيع بالدراهم غير واضح ، فإن الدراهم بما لا ينتفع بعينها أصلا ، أي لا مع بقاءها

تكون منقورة أولا ، فإن كان الثاني فالحكم ما ذكره في الكتاب . وإن كان الأول فليس لمساحي أن يأكل من لحمها ولا أن يطعم الأغنياء لأن سيئها التصديق . وليس للمتصدق أن يأكل من صدقته . ولو أكل فعليه قيمة ما أكل . وقوله (لما روينا) يعني قوله عليه الصلاة والسلام « فكلوا منها وادخروا » والقانع : هو السائل . من القنوع لا من القناعة . والمحرّر : هو الذي يتبرّص للسؤال ولا يسأل . وقوله (كالخلّ) بالخاء المعجمة والمهمل (والأبازير) التوابل جمع أبار بالفتح . وقوله (في الصحيح) احتراز عما قبل إنه ليس في اللحم إلا الأكل والإطعام . فلو باع بشيء ينتفع به بعينه لا يجوز . والصحيح ما قال شيخ الإسلام إن اللحم بمنزلة الجلد ، إن باعه بشيء ينتفع به بعينه جاز . وروى ابن سحابة عن محمد رحمهما الله أنه لو اشترى بالهجم ثوبا فلا بأس بلبسه . وقوله (لأن القرية انتقلت إلى بدله) لأن تملك البدل من حيث المتوك ساقط فلم يبق إلا جهة القرية وسيئها التصديق . وقوله (لأنه في معنى البيع) لأن كل واحد عقد معاوضة . قوله (من دمها كل ذنب ، تمام الحديث « أما أنه يجاء بدمها

يذبحها الكتابي) لأنه عمل هو قربة وهو ليس من أهلها ، فلو أمره فذبح جاز لأنه من أهل الذكاة ، والقربة أقيمت بإنانيته ونيته . بخلاف ما إذا أمر الجوىسي لأنه ليس من أهل الذكاة فكان إفسادا . قال (وإذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر أجزأ عنهما ولا ضمان عليهما) وهذا استحسان . وأصل هذا أن من ذبح أضحية غيره بغير إذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ، ولا يجزئه عن الأضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح . وهو قولنا . وجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير أمره فيضمن ، كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب . وجه الاستحسان أنها تعينت للذبح لتعينا للأضحية حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر . ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون أهلا للذبح آذنا له دلالة لأنها نفوت بمضى هذه الأيام . وعساه يعجز عن إقامتها بعوارض فصار كما إذا ذبح شاة شيد القصاب رجلها . فإن قيل : يفوته أمر مستحب وهو أن يذبحها بنفسه أو يشهد الذبح فلا يرضى به . قلنا : يحصل له به استحسان آخران ، صبرورته مضحيا لما عينه ، وكونه معجلا به فيرضيه . ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية ، وهي أن من طبخ لحم غيره أو طحن حنطته أو رفع جرفته فانكسرت أو حل على دابته فعبطت كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامنا ، ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته ، أو جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه . أو رفع الحجر . وأما إلى نفسه أو حمل على دابته فستقط في الطريق فأوقد هو النار فيه وطبخه . أو ساق الدابة فطحنها ؛ أو أعانه على رفع الحجر فانكسرت فيها بينهما ، أو حمل على دابته ماسقط فعبطت لا يكون ضامنا في هذه الصور كلها استحسانا لوجود الإذن دلالة . إذا ثبت هذا فنقول في مسألة الكتاب : ذبح كل واحد منهما أضحية غيره بغير إذنه صريحا فهي خلافية زفر بعينها ويتأني فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا ، فيأخذ كل واحد منهما مساوغة

ولا بعد استهلاكها ، وإنما هي وسيلة محضة فالمقصود منها التوك لا غير ، بخلاف مثل الخل والأبازير فإنه ما ينفع به . وإن كان ذلك بعد استهلاكه ، فجاز أن يكون المقصود منه الانتفاع دون التوك ، والانتفاع بنفس جلد الأضحية غير عزم فكلها يبدل . وأما ثانيا فلأن عدم جواز بيع جلد الأضحية بالدرهم إنما ثبت بخلاف القياس على مانص عليه صاحب غاية البيان ، فإنه بعد أن بين وجه الاستحسان في جواز بيعه ما ينفع بعينه مع بقاءه بأنه جاز له الانتفاع بالجلد فجاز له الانتفاع بالبدل ، لأن البدل له حكم البدل . قال : فكان القياس أن يجوز بيع الجلد بالدرهم أيضا . إلا أننا تركنا القياس بقوله عليه الصلاة والسلام لعلى رضى الله عنه . ولا تعط أجر الجزاء منها ، فإذا أعطى أجر الجزاء منها يصير بائع اللحم والجلد بالدرهم وقد ثبت المنع عنه : بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره انتهى . وإذا كان كذلك فكيف يتم قياس عدم جواز بيع الجلد بمثل الخل والأبازير على عدم جواز بيعه بالدرهم كما يقتضيه قول المصنف اعتبارا بالبيع بالدرهم : وقد تقرر في أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الأصل معلولا عن القياس . فالأظهر أن يترك القياس على البيع بالدرهم في تعليل هذه المسئلة ، ويقال في تعليلها لأنه لا يصلح أن يكون بدلا عن عين الجلد قائما مقامه لعدم الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد فلم يكن حكمه حكم عين الجلد بخلاف ما ينفع بعينه مع بقاءه كما مر . وقد أشار إليه صاحب البدائع حيث قال : وله أن يبيع هذه الأشياء بما يمكن الانتفاع به

ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفا فقال أبو سعيد الخدري رضى الله عنه : هذا لآل محمد خاصة أم لآل محمد والمسلمين عامة ؟ فقال عليه الصلاة والسلام لآل محمد خاصة ، وللمسلمين عامة . وقوله (حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر) أي فيها إذا كان للمضحي فقيرا (ويكره أن يبدل بها غيرها) أي فيها إذا كان غنيا قال صاحب التباية : هكذا وجدت بخط شيخني رحمه الله . وقوله (فصار كما لو باع أضحيته) يعني أنه لو باع أضحيته واشترى بغيرها غيرها ، فلو كان غيرها أنقص

من صاحبه ، ولا يضمنه لأنه وكيله فيما فعل دلالة ، فإذا كانا قد أكلا ثم عابا فليحال كل واحد منهما صاحبه ويجزئهما ، لأنه لو أطعمه في الابتداء يجوز ، وإن كان غنيا فكذا له أن يخله في الانتهاء وإن تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لأبها بدل عن اللحم فصار كما لو باع أضحيتيه ، وهذا لأن التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له . ومن أثلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذكرناه (ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجزا عن أضحيتها لأنه ملكها بسابق الغصب ،

مع بقاء عينه من متاع البيت كالجواب والمنخل ، لأن البئيل الذي يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام البئيل . فخان البئيل فأنما معنى وكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد ، بخلاف البيع بالدراهم أو الدراهم لأن ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد قائما معنى انتهى (قوله فصار كما لو باع أضحيتيه) قال جماعة من الشراح في بيان معنى هذا الكلام : يعني أنه لو باع أضحيتيه واشترى بشئها غيرها ، فلو كان غيرها أنقص من الأولى تصدق بما فضل على الثانية . ولو لم يشتر حتى مضت أيام النحر تصدق بشئها كله انتهى . أقول : قد تكلموا في بيان مراد المصنف بقوله المذكور جدا حيث جعلوه صورتين ، فزادوا في الصورة الأولى اشترى غيرها بشئها ، واعتبروا التصديق في تلك الصورة في بعض الثمن دون كله ، وزادوا في الصورة الثانية معنى أيام النحر . وليس في كلام المصنف هذا ما يدل على شيء من ذلك . وليس في المقام ما يقتضي شيئا من هذا لا يفتى ، مع أن الأمر في معنى هذا الكلام على طرف تمام يبدل على حذف مضاف : أي كما لو باع لحم أضحيتيه ، فيكون المراد به الإشارة إلى ما مر في الكتاب من قوله ولو باع الجلد واللحم بالدراهم أو بما لا ينضج به إلا باستهلاكه تصدق بشئها تدبير (قوله ومن أثلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذكرناه) قال في الناية . وقوله ومن أثلف لحم أضحية غيره متصل بقوله وإن تشاحا : يعني إن تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما ملحقا لحم أضحية صاحبه . ومن أثلف لحم أضحية صاحبه كان الحكم فيه ماذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه انتهى . أقول : ليس هذا الترجيح بوجيه ، فإن قول المصنف فإن تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه مسألة تامة لا بد لها من دليل مغاير لها ، وفي الترجيح المذكور قد أخذ مقدم المسئلة وهو قوله وإن تشاحا وضم إليه ثلث مغاير لثالث المسئلة غير مذكور في الكتاب أصلا : فصار إن تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما ملحقا لحم أضحية صاحبه . وجعل ذلك صغرى للدليل وجعل كبراه قول المصنف بعد المقدمات الكثيرة ، ومن أثلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذكرناه . ولا يفتى مافيه . والحق عندي أن قول المصنف ومن أثلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذكرناه متصل بما قبله وهو قوله وهذا لأن التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له ، فبالقبل بمنزلة الصغرى وهذا بمنزلة الكبرى . ومجموعهما دليل تام على أصل المسئلة وهو قوله وإن تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ، ففي الدليل أن تضحية كل واحد منهما لما وقعت من صاحبه كان اللحم الذي أثلفه بالأكل لصاحبه لا لنفسه . ومن أثلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذكرناه من تضمنين صاحبه إياه

من الأولى تصدق بما فضل على الثانية : ولو لم يشتر حتى مضت أيام النحر تصدق بشئها كله . وقوله (ومن أثلف لحم أضحية غيره) متصل بقوله وإن تشاحا : يعني إن تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما ملحقا لحم أضحية صاحبه . ومن أثلف لحم أضحية صاحبه كان الحكم فيه ماذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه . وقوله (لأنه ملكها بسابق الغصب) يعني فكانت التضحية واردة على ملكه . وهذا يكتفي بالتضحية . لا يقال : الاستناد يظهر في القائم والتضحية بالإراقة والإراقة قد فانت لأنها عبارة عن فعل المضحى . لأننا نقول : الإراقة ليست من المملوك لأنها ليست صفة للشاة ليصح أن يقال

(قوله لأننا نقول : الإراقة ليست من المملوك) أقول : يعني ليست من المملوك لأحد .

بمخلاف مالو أودع شاة فضحى بها لأنه يضمه بالذبح فلم يثبت الملك له إلا بعد الذبح ، والله أعلم .

قيمة لحمه ، وليت شعري أن صاحب التوجيه الأول ماذا يصنع في حق قول المصنف ، وهذا لأن التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فهل يجعله وحده دليلاً آخر على أصل المسئلة أم يجعله متصلاً بشيء آخر غير أصل المسئلة ، فانظر وتبصر هل يتيسر شيء من ذلك ؟

ظهر الاستناد فيها أولاً يظهر ، فإن الملك يثبت في الشاة المذبوحة ويستند إلى وقت الغصب فتكون الإراقة والتضحية واقعة على ملكه والله سبحانه وتعالى أعلم .

(قال المصنف : بخلاف ما لو أودع شاة فضحى بها لأن يضمه بالذبح فلا يثبت الملك له إلا بعد الذبح) أقول : قال صدر الشريعة في شرح الوفاية : أقول بل يصير غاصبا بمقتضات الذبح كالإضجاع وشد الرجل فيكون غاصباً قبل الذبح انتهى . وأجاب عنه صاحب الدرر بأن حقيقة الغصب كما تقرر في موضعه إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة ، وغاية ما يوجد في الإضجاع وشد الرجل إثبات اليد المبطلة ، ولا يحصل به إزالة اليد المحقة ، وإنما يحصل ذلك بالذبح كما ذهب إليه الجمهور انتهى . وإن شئت فراجع في كتاب الغصب ونحن نقول : الأول في الجواب أن يقال : قد سبق أن مقتضات الذبح في حكم الذبح فلا يعمل له حكم آخر فليتمأمل . وأجاب الفاضل المحقق يعقوب باشا عن إشكال صدر الشريعة أيضاً بأن يقال : إن الغصب وإن وجد بمقتضات الذبح لكن لا يقرر قبل الذبح ، لأن الإضجاع وشد الرجل قد يكونان لا بالذبح ، لأن اللفظ يجب على المودع فلا يمتنع الغصب إلا بالذبح ، بخلاف الغصب ابتداء ، فإن الغصب هنا يمتنع قبل الذبح ، كذا قيل ، ولا يخفى ما فيه فليتمأمل انتهى كلام يعقوب باشا .

ثم الجزء التاسع ، ويليه الجزء العاشر ، وأوله :
(كتاب الكراهية)

فهرس

الجزء التاسع

من شرح فتح التقدير ، للإمام ابن الهمام الحنفى

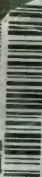
صفحة	صفحة
١٧١ باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله	٣ كتاب العارية
١٨٠ فصل وإذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه النخ	١٨ كتاب الهبة
١٨٤ فصل وإذا ولدت المكاتب من المولى النخ	٣٨ باب الرجوع فى الهبة
١٩٤ باب من يكاتب عن العبد	٥٠ فصل ومن وهب جارية إلا حملها النخ
١٩٧ باب كتابة العبد المشترك	٥٦ فصل فى الصدقة
٢٠٦ باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى	٥٧ كتاب الإجازات
٢١٧ كتاب الولاء	٦٥ باب الأجر متى يستحق ؟
٢٢٨ فصل فى ولأء الموالاة	٧٨ فصل ومن استأجر رجلا ليذهب إلى
٢٣٢ كتاب الإكراه	البصرة النخ
٢٣٨ فصل وإن أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب	٧٩ باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا
النخ	فيها
٢٥٣ كتاب الحجر	٩١ باب الإجارة الفاسدة
٢٥٩ باب الحجر للفساد	١٢٠ باب ضمان الأجير
٢٦٩ فصل فى حد البلوغ	١٣٠ باب الإجارة على أحد الشرطين
٢٧١ باب الحجر بسبب الدين	١٣٦ باب إجارة العبد
٢٨٠ كتاب المأفون	١٤٢ باب الاختلاف فى الإجارة
٣١٠ فصل وإذا أذن ولى الصبي للصبي فى التجارة	١٤٤ باب فسخ الإجارة
النخ	١٤٩ مسائل مثورة
٣١٥ كتاب الغصب	١٥٢ كتاب المكاتب
٣٣٢ فصل فيما يتغير بعمل الغاصب	١٦١ فصل فى الكتابة الفاسدة

صيفة

صيفة

- | | |
|---|--|
| ٣٤٥ فصل ومن غصب عينا فغيبها الخ | ٤٢٥ كتاب القسمة |
| ٣٥٨ فصل في غصب مالا يتقوّم | ٤٣٥ فصل فيما يقم وما لا يقم |
| ٣٦٨ كتاب الشفعة | ٤٣٩ فصل في كيفية القسمة |
| ٣٨٢ باب طلب الشفعة والخصومة فيها | ٤٤٧ باب دعوى القلط في القسمة الخ |
| ٣٩٠ فصل في مسائل الاختلاف | ٤٥٠ فصل وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه |
| ٣٩٣ فصل فيما يورث به المشفوع | ٤٥٥ فصل في المهايأة |
| ٣٩٨ فصل وإذا بنى المشتري فيها أو غرس الخ | ٤٦٢ كتاب المزارعة |
| ٤٠٣ باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب | ٤٨١ كتاب المساقاة |
| ٤١٣ باب ما يبطل به الشفعة | ٤٨٤ كتاب الدبائع |
| ٤٢٠ فصل وإذا باع دارا إلا مقدار ذراع منها الخ | ٤٩٩ فصل فيما يحل أكله وما لا يحل |
| ٤٢٢ مسائل متفرقة | ٥٠٤ كتاب الأضحية |

Bibliotheca Alexandrina



0597233